

**UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
(SUSTENTACIÓN DE EXPEDIENTE JUDICIAL)
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

AUTOR:

Bach: JACKELINE NOHELY YANAC CANO

ASESOR:

Abog. LOLA AURORA SOLORZANO VIDAL

Huaraz – Ancash - Perú

2020

FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, CONDUCENTES A
OPTAR TÍTULOS PROFESIONALES Y GRADOS ACADÉMICOS EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL

1. Datos del autor:

Apellidos y Nombres: _____

Código de alumno: _____

Teléfono: _____

E-mail: _____

D.N.I. n°: _____

(En caso haya más autores, llenar un formulario por autor)

2. Tipo de trabajo de investigación:

Tesis

Trabajo de Suficiencia Profesional

Trabajo Académico

Trabajo de Investigación

Tesinas (presentadas antes de la publicación de la Nueva Ley Universitaria 30220 – 2014)

3. Para optar el Título Profesional de:

4. Título del trabajo de investigación:

5. Facultad de: _____

6. Escuela o Carrera: _____

7. Línea de Investigación (*): _____

8. Sub-línea de Investigación (*): _____

() Según resolución de aprobación del proyecto de tesis*

9. Asesor:

Apellidos y nombres _____ D.N.I n°: _____

E-mail: _____ ID ORCID: _____

10. Referencia bibliográfica: _____

11. Tipo de acceso al Documento:

Acceso público* al contenido completo.

Acceso restringido** al contenido completo

Si el autor eligió el tipo de acceso abierto o público, otorga a la Universidad Santiago Antúnez de Mayolo una licencia no exclusiva, para que se pueda hacer arreglos de forma en la obra y difundirlo en el Repositorio Institucional, respetando siempre los Derechos de Autor y Propiedad Intelectual de acuerdo y en el Marco de la Ley 822.

En caso de que el autor elija la segunda opción, es necesario y obligatorio que indique el sustento correspondiente:



12. Originalidad del archivo digital

Por el presente dejo constancia que el archivo digital que entrego a la Universidad, como parte del proceso conducente a obtener el título profesional o grado académico, es la versión final del trabajo de investigación sustentado y aprobado por el Jurado.



Firma del autor

13. Otorgamiento de una licencia *CREATIVE COMMONS*

Para las investigaciones que son de acceso abierto se les otorgó una licencia Creative Commons, con la finalidad de que cualquier usuario pueda acceder a la obra, bajo los términos que dicha licencia implica.



El autor, por medio de este documento, autoriza a la Universidad, publicar su trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional, al cual se podrá acceder, preservar y difundir de forma libre y gratuita, de manera íntegra a todo el documento.

Según el inciso 12.2, del artículo 12º del Reglamento del Registro Nacional de Trabajos de Investigación para optar grados académicos y títulos profesionales - RENATI “Las universidades, instituciones y escuelas de educación superior tienen como obligación registrar todos los trabajos de investigación y proyectos, incluyendo los metadatos en sus repositorios institucionales precisando si son de acceso abierto o restringido, los cuales serán posteriormente recolectados por el Recolector Digital RENATI, a través del Repositorio ALICIA”.

14. Para ser verificado por la Dirección del Repositorio Institucional

Seleccione la
Fecha de Acto de sustentación:

Huaraz,

Firma:




Varillas William Eduardo
Asistente en Informática y Sistemas
- UNASAM -

***Acceso abierto:** uso lícito que confiere un titular de derechos de propiedad intelectual a cualquier persona, para que pueda acceder de manera inmediata y gratuita a una obra, datos procesados o estadísticas de monitoreo, sin necesidad de registro, suscripción, ni pago, estando autorizada a leerla, descargarla, reproducirla, distribuirla, imprimirla, buscarla y enlazar textos completos (Reglamento de la Ley No 30035).

**** Acceso restringido:** el documento no se visualizará en el Repositorio.



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION – VIRTUAL
PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADA, TOMO V, FOLIO 100 – FDCCPP

MODALIDAD: EXPEDIENTES JUDICIALES

En la ciudad de Huaraz, siendo las diecinueve horas del día miércoles doce de mayo del dos mil veinte y uno. Se reunieron en la plataforma virtual del Microsoft Teams; el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Mag. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS : PRESIDENTE
Dr. RICARDO ROBINSON SANCHEZ ESPINOZA : SECRETARIO
Mag. LOLA AURORA SOLORZANO VIDAL : VOCAL

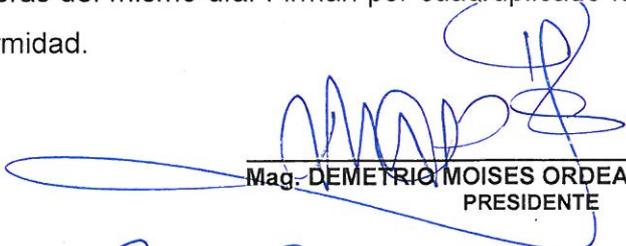
Con el objeto de examinar, la **Sustentación de los Expedientes Judiciales:** Expediente Civil N° 00124-2015-0-0205-JM-LA-01 - Materia: Acción Contenciosa Administrativa, y Expediente Penal N° 00058-2017-0-0207-JR-PE-01 - Delito: Hurto Agravado; de la bachiller **YANAC CANO JACKELINE NOHELY**, para OPTAR el Título Profesional de Abogada.

Acto seguido, la bachiller fue llamada por su nombre e invitada a ingresar a la plataforma virtual del Microsoft Teams a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinada en relación a los expedientes judiciales sustentados. Culminado el acto, el Presidente se reúne mediante la plataforma virtual del Microsoft Teams con los Miembros de la Comisión; para la deliberación, obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : QUINCE (15).

RESULTADO : Aprobado por unanimidad.

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador** la **Declara: APTA**, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogada. Con lo que concluye el Acto, siendo las veinte y uno horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.


Mag. DEMETRIO MOISES ORDEANO VARGAS
PRESIDENTE


Dr. RICARDO ROBINSON SANCHEZ ESPINOZA
SECRETARIO


Mag. LOLA AURORA SOLORZANO VIDAL
VOCAL

AGRADECIMIENTO

*A mis padres, quienes me han brindado su apoyo constante
e incondicional en el desarrollo de mi carrera profesional.*

DEDICATORIA

*El presente trabajo está dedicado a mis padres y mis hermanos,
quienes me han brindado su amor y apoyo constante
en el desarrollo de mi carrera profesional.*

EXPEDIENTE CIVIL

ÍNDICE

1. Resumen	5
2. Abstract	6
3. Marco teórico del tema del expediente	7
3.1. El derecho al trabajo	7
3.2 El trabajador.....	8
3.3. Contrato de trabajo.....	8
3.4 Periodo de Prueba	10
3.5 Estabilidad laboral	12
3.6 El despido.....	15
3.7. Contrato de trabajo.....	16
3.8. Elementos esenciales del contrato de trabajo.....	18
3.9 Características el contrato de trabajo	20
3.10. Clasificación	21
3.11. Regulación del contrato de trabajo en el Perú.....	22
3.12. Tratamiento constitucional y judicial del contrato de trabajo.....	23
3.13 El principio de la primacía de la realidad en el contrato de trabajo.....	24
3.14. El periodo de prueba	25
4. Jurisprudencia	36
5. Análisis del expediente	42
5.1. Demanda.....	42
5.1.1. Petitorio.....	42
5.1.2. Fundamentos de hecho de la demanda.....	44
5.1.3. Fundamentos de derecho de la demanda	49
5.1.4. Medios probatorios	50
5.1.5. Vía procedimental.....	51
5.1.6. Monto del petitorio	51

5.1.7. Ampliación de la demanda.....	51
5.1.8. Análisis de la demanda	53
5.2. Calificación de la demanda.....	54
5.2.1. Análisis de la calificación de la demanda.....	55
5.3. Contestación de la demanda	56
5.3.1. Petitorio.....	56
5.3.2. Fundamentos fáctica de la contestación de la demanda.....	56
5.3.3. Fundamentos de derecho de la contestación de la demanda.....	63
5.3.4. Medios probatorios	64
5.3.5. Dictamen Fiscal	64
5.3.6. Análisis de la contestación de demanda.....	68
5.4. Etapa decisoria.....	70
5.4.1. Sentencia (Primera instancia)	70
5.4.2. Análisis de la sentencia.....	85
5.5. Etapa impugnativa (Recurso de apelación)	86
5.5.1. Apelación de sentencia de Primera instancia.....	86
5.5.2. Dictamen Fiscal	89
5.5.3. Sentencia de Segunda Instancia	91
5.5.4. Análisis de la sentencia de Segunda Instancia.....	96
6. Conclusiones.....	97
7. Referencias Bibliograficas	100
8. Anexo	102

1. Resumen:

En el presente informe se estudia el Expediente Civil N° **00124-2015-0-0205-JM-LA-01**; donde el demandante Julio Cesar Romero Cadillo, solicita la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPC/A, a fin de que se le reconozca como trabajador de naturaleza permanente de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, en el cargo de JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS.

Por su parte la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, contesta la demanda señalando que el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 276 establece taxativamente: Son requisitos para el ingreso a la carrera administrativa a) (...), d) presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión y los demás que señale la ley según lo dispuesto por el artículo 30° del Decreto Supremo 005-90-PCM, el concurso comprende: las fases de convocatoria y selección de personal.

En primera instancia el Juzgado Mixto de Carhuaz: FALLA DECLARANDO FUNDADA LA DEMANDA interpuesta por Don Romero Cadillo Julio César, sobre declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A y como acumulación objetiva originaria de pretensión accesorias la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC, en consecuencia declara NULA la Resolución de Alcaldía 103-2015-MPC/A y la Resolución de Alcaldía 045-2015-MPCHZ/ALC. por lo que se ordena a la Municipalidad Provincial de Carhuaz cumpla la demanda de reincorporar a su centro de labores en el cargo que venía desempeñando u otro similar como trabajador contratado permanente bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276. Finalmente, la Sala Laboral Permanente, con argumentos del QUINTO PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, desarrolla el tema que se expuso en el pleno: “la prórroga automática del contrato CAS”. Refiere que, si el trabajador ha iniciado sus labores en el servicio del Estado mediante el contrato administrativo de servicios, y luego de su vencimiento continúa laborando, se produce una prórroga automática de dicho contrato en sus mismos términos y por el mismo plazo”, afianzándose el criterio de que el trabajador demandante no se encuentra dentro de los alcances de la Ley N° 24041, ni del D.L. N° 276 y menos le correspondería un contrato a plazo indeterminado. Por tanto, REVOCA la sentencia de primera instancia.

Palabras clave: Nulidad, Resolución de Alcaldía, Contrato a Plazo Indeterminado.

2. Abstract:

In this case, Civil Exp. No. 00124-2015-0-0205-JM-LA-01 is studied; where the plaintiff Julio Cesar Romero Cadillo, requests the nullity of the Mayoral Resolution No. 045-2015-MPC / A, in order to be recognized as a permanent worker of the Provincial Municipality of Carhuaz, under the regime of the Decree Legislative N ° 276. In the position of HEAD OF THE MECHANICAL AND EXTRACTION OF ALVEOS TEAM.

For its part, the Public Prosecutor's Office of the Provincial Municipality of Carhuaz, answers the demand noting that Article 12 of Legislative Decree No. 276 specifically establishes: Requirements to enter the administrative career are a) (...), d) present and be approved in the admission contest and the others indicated by law in accordance with the provisions of article 30 of supreme decree 005-90-PCM, the contest comprises: the phases of convocation and selection of personnel.

In the first instance, the Mixed Court of Carhuaz: FAILURE DECLARING THE LAWSUIT FOUNDED by Romero Cadillo Julio César, on the declaration of nullity of the Mayoralty Resolution No. 103-2015-MPC / A and as an objective accumulation originating from an accessory claim Mayoral Resolution No. 045-2015-MPCHZ / ALC, consequently declaring NULL the Mayoral Resolution 103-2015-MPC / A and Mayoral Resolution 045-2015-MPCHZ / ALC. Therefore, the Provincial Municipality of Carhuaz is ordered to comply with the demand to reincorporate to its work center in the position that it had been carrying out or another similar as a permanent contracted worker under the regime of Legislative Decree No. 276.

Finally, the Permanent Labor Chamber, with arguments from the FIFTH SUPREME JURISDICTIONAL PLENARY ON LABOR MATTERS, develops the topic that was presented in plenary session: “the automatic extension of the CAS contract”. And it refers that if the worker has started his work in the service of the State through the administrative service contract, and after its expiration he continues to work. there is an automatic extension of said contract under the same terms and for the same term”, consolidating the criterion that the plaintiff worker is not within the scope of Law No. 24041, except D.L. N ° 276 and less would correspond to an indefinite term contract. Therefore, REVOKES the judgment of first instance.

Keywords: Nullity, Mayoral Decision, Indefinite Term Contract.

3. Marco teórico del tema del expediente:

3.1. El derecho al trabajo:

El derecho al trabajo dada su evidente importancia ha sido conceptualizado de muy variada forma, pero con algunos rasgos comunes, por el hecho de ser una manifestación del esfuerzo humano, por ello en adelante expondremos algunas de esas definiciones:

Para Cuba, el derecho al trabajo semánticamente debe entenderse como como aquella pretensión legítima y razonable de toda persona de realizar una actividad que le permita obtener recursos necesarios para vivir (derecho de acceso al trabajo). Esta definición es superficial y muy general (...) ya que consideramos que el derecho al trabajo engloba aspectos mucho más específicos (como libertad de trabajo), que son de vital importancia (...) sin duda un derecho humano de reconocimiento universal, protegido por todos los ordenamientos jurídicos del mundo. En conclusión, podemos indicar que dentro del concepto del derecho al trabajo encontramos a la libertad de trabajo y a la libertad a trabajar, como manifestaciones del derecho al trabajo. De esto se desprende que el derecho al trabajo podría conceptualizarse del siguiente modo: “Es el derecho que posee toda persona a elegir libremente un trabajo y de exigirle al estado el desarrollo de políticas adecuadas que le permitan el acceso al empleo” (Cuba, 2017, p. 34).

En ese sentido el derecho al trabajo ha sido reconocido por nuestra constitución en el numeral 15 del artículo 2 estableciendo que: “Toda persona tiene derecho a trabajar libremente (...)”, en concordancia con el artículo 22 de nuestra carta magna que indica “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y medio de realización de la persona”.

Por otro lado, nuestro tribunal constitucional ha establecido que el contenido esencial del derecho al trabajo implica dos aspectos: “El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo

progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa (fundamento 12)”.

3.2 El trabajador:

Es la persona natural que no pertenece a los medios de producción, a la organización del trabajo, es quien de manera personal y de forma directa pone su fuerza laboral, para prestar un servicio o ejecutar una obra a favor de otra persona (empleador), en forma voluntaria a cambio de una retribución económica, bajo la dirección de este último.

Si bien es cierto que en nuestra legislación no hay norma alguna que establezca de manera clara la definición del trabajador, situación distinta al caso español, donde sí la contempla. No obstante, después de un rápido recorrido por los primeros artículos de la ley de Productividad y Competitividad Laboral en adelante LPCL, se puede notar ciertos elementos que se asemejan con los otorgados por la legislación española para poder otorgar una definición de un trabajador. En ese sentido podemos deducir que esta noción está íntimamente vinculada con la definición legal del contrato de trabajo regulado en el artículo 4° de la LPCL, de donde sobresale el elemento de subordinación.

En consecuencia, el trabajador es uno de los sujetos que se constituye en parte de la relación de trabajo, formada en función de la celebración de un contrato, y por tanto favorecido por la normatividad laboral. En conclusión, podemos afirmar que el elemento central sobre el que se actúa el carácter tuitivo de la norma de trabajo lo es el trabajador, en consonancia con su posición contractual desventajosa dentro de la relación laboral, por ello la necesidad de otorgarle las garantías necesarias para la protección y vigencia de sus derechos.

3.3. Contrato de trabajo:

Se podría afirmar que el contrato de trabajo constituye un acto jurídico y sus requisitos están establecidos en el Código Civil, cuyo artículo 140° que norma todo lo relacionado con la validez del acto jurídico. Asimismo, el contrato de trabajo tiene como principal característica el que puede ser expresa o tácita, entendiéndose esta

última que basta sólo en darse la relación laboral o de trabajo para que pueda confirmar la existencia de derechos y obligaciones, tanto para el trabajador como para el empleador.

En esta línea de ideas el contrato de trabajo se define como un acuerdo verbal o escrito entre el empleador y el trabajador que crea la relación laboral, por la que el trabajador se somete a la dirección y control del empleador, a cambio de una remuneración. Empero no todo acuerdo por el que una persona labora a favor de otra por una retribución económica, se constituye necesariamente en un contrato de trabajo. Por tanto, las relaciones de trabajo encierran determinadas características, que la mayoritariamente la doctrina ha llamado “elementos esenciales” de la relación laboral, si el vínculo jurídico reúne estas características, entonces la ley le reconocerá al trabajador sus derechos laborales. De allí que el T.U.O de la Ley de Fomento del Empleo, D.S. N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 4°, establezca que, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a tiempo indeterminado, presunción *juris tantum*.

En este sentido el Tribunal Constitucional en la sentencia, recaída en el expediente N° 1944-2002- AA/TC, del 28/01/2003 ha expresado cuales son los elementos esenciales que determinan la existencia de un contrato de naturaleza laboral: “*Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo* (ACCION DE AMPARO, 2003 fund.02). Es pertinente también indicar que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es sus artículos del 53° al 83° regula las ocasiones en que deben celebrarse y formalidades que deben cumplir los contratos sujetos a modalidad, entre las que destaca la forma escrita y tiempo de duración, las causas objetivas de la contratación, entre otras, por lo que se puede evidenciar que nuestro ordenamiento legal tiene preferencia por la contratación laboral a tiempo indeterminado, por ello establece ciertos requisitos *ad solemnitatem*, que deberán

cumplirse indefectiblemente en los contratos sujetos a modalidad, de lo contrario la norma sancionara esta situación convirtiéndola en una relación de trabajo de duración indefinida.

3.4 . Periodo de Prueba:

El periodo de prueba, es una institución legal que ha sido tratada por diversos autores quienes con sus aportes doctrinarios ha contribuido a conceptuar y delimitar sus alcances, de lo que se desprende su importancia en el ámbito laboral, a continuación, expondremos algunas de esas definiciones:

Para Haro (2016), refiere que:

El periodo de prueba es el tiempo en el cual el empleador verifica y evalúa la capacidad del trabajador, y la idoneidad para desempeñarse en el puesto de trabajo para lo cual ha sido contratado. Por otro lado, el trabajador evalúa su conformidad, tanto de las condiciones de trabajo a la que es sometido, como también el trato y remuneración que percibe (p. 96).

En ese mismo sentido Cruz (2011) señala que:

La finalidad (del periodo de prueba), es la del conocimiento mutuo del trabajador y empresario, particularmente que el empresario pueda comprobar las aptitudes del trabajador para integrarse a la empresa y dar cumplida satisfacción a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. (...) ello a la vista de que las condiciones reales y de rendimiento efectivo de un trabajador difícilmente se pueden constatar previamente a la celebración del contrato (p. 201).

En nuestro país, el plazo de periodo de prueba ha recorrido un variado camino legislativo, originalmente fue de tres meses, tal como lo establecía el derogado Decreto Ley N° 18471(1970); posteriormente, con la dación del también derogado Decreto Ley 22126 (1978), se amplió dicho periodo a tres años. Después, con la Ley N° 24514 (1986), nuevamente se instituyó en tres meses el periodo de prueba. Actualmente la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el Decreto Legislativo N° 728 y su texto único ordenado el Decreto Supremo 003-97-TR, en su artículo 10° establece que el periodo de prueba puede ser de dos tipos: Para puestos ordinarios por un periodo

de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario; y para puestos especiales las partes pueden pactar un término mayor en caso de que las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada, pudiéndolo hacer para los casos de trabajadores calificados, dirección o de confianza, además establece que dicha ampliación debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis(6) meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un (1) año en el caso de personal de dirección, mientras que en el artículo 17° del D.S N°001-96-TR establece que, exceso que se pactara no tendrá ningún efecto legal.

Por otro lado, en el artículo 16° de mismo cuerpo legal ordena que, en los casos de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba, no corresponde esta acumulación si el reingreso se haya producido a un puesto notoria o cuantitativamente distinto al ocupado previamente, o que se suscite transcurrido tres (3) años de producido el cese.

Además, es preciso indicar que el Decreto Supremo 003-97-TR en su artículo 75° establece que: “En los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba, legal o convencional previsto en la presente ley”. Esta disposición cambia la posición garantista de la legislación anterior, en la que no se establecía este periodo para los contratos a plazo fijo, ya que los trabajadores no tenían la condición de contratados en forma indefinida y porque antes de celebrar este tipo de contratos el trabajador era previamente evaluado.

Por otro lado, el artículo 76° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que: “Si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones.

Como se puede apreciar en esta parte, la ley es bastante severa con el empleador que pretende culminar el contrato de trabajo luego de quedar debidamente perfeccionado.

En esa línea, es conveniente mencionar la opinión vertida por el reconocido laboralista Jorge Toyama Miyagusuku comentando la Casación N° 7095-2014 - Lima, donde explica que si existe un daño que merece indemnización antes del inicio de una relación laboral o del vencimiento del periodo de prueba, el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización diferente a la regulada por la legislación laboral (1.5 sueldos por año laborado con el tope de 12 remuneraciones), ya que diversos fallos de la Corte Suprema han determinado que los daños y perjuicios no se limitan a la legislación laboral, sino que se aplica supletoriamente el Código Civil.

Así, al haberse probado que el trabajador es incentivado a renunciar a un cargo anterior en otra empresa para incorporarse a un puesto ofertado, y luego es cesado, durante el periodo de prueba, por su nuevo empleador sin explicarse el motivo, existe un daño que debe ser reparado (Toyama Miyagusuku, 2015).

3.5 . Estabilidad laboral:

La estabilidad laboral se rige como un elemento importante para dar seguridad a los trabajadores relacionándolo a la permanencia en su puesto de trabajo. Por ende, algunos doctrinarios con respecto a la estabilidad laboral mencionan lo siguiente:

Para el tratadista La Pouble (1998) señala:

“La estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación de trabajo y hace depender su disolución únicamente de la voluntad del trabajador y solo excepcionalmente de la del patrono, del incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador y de circunstancias ajenas a la voluntad de los sujetos de la relación que hagan imposible su continuación” (p. 54).

Mientras que para Cuba (2017) refiere que:

La estabilidad “es el derecho del trabajador a conservar su puesto dentro de toda su vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes que adquiera el derecho a la jubilación, a no ser por alguna causa taxativamente determinada” (p. 71).

De estos conceptos se puede concluir que el rasgo distintivo de la estabilidad laboral es el derecho del trabajador a permanecer en su puesto de trabajo, y que tal

permanencia estará protegida, salvo que esté incurra en alguna de las causales de despido contempladas en la ley. En ese sentido la estabilidad laboral entrega a la relación laboral la característica de permanencia, en donde la finalización del vínculo laboral depende de la voluntad del trabajador y solamente de manera excepcional de la voluntad del empleador.

Por otro lado, la recomendación N° 119, adoptada por la 47 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, llevada a cabo en 1963, señaló que: “El empleador no debería proceder a la terminación de la relación de trabajo a menos que exista una justificada relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa, del establecimiento o servicio” (Díaz, 1987, p. 44-45).

Sin embargo, el principio de estabilidad laboral no limita de forma alguna la posibilidad de que el empleador pueda concluir la relación laboral, sino que limita esta facultad a situaciones que justifiquen esta medida.

Pero la estabilidad al igual que otros temas dentro del ámbito laboral no se encuentra exento de polémica, confrontándose fundamentos a favor o en contra; para quienes la defienden afirman que las necesidades básicas de subsistencia tales como la salud, alimentación, educación, vivienda, etc; son cubiertas con el producto del trabajo dependiente remunerado. Entonces si las necesidades básicas son permanentes, tiene que también serlo el medio lícito que las financia. Mientras que los que están en contra aducen que no se debe buscar la estabilidad del trabajador en el puesto trabajo, sino que se debe buscar la estabilidad del puesto de trabajo, por ello se deben otorgar condiciones al empresario para que pueda mantener o incrementar los puestos de trabajo, también exponen que la llamada estabilidad absoluta, solo protege a los malos trabajadores, y que los empresarios buscaran siempre retener a los buenos trabajadores.

En nuestro país la estabilidad laboral a largo de los años ha tenido diverso tratamiento así antes de 1928 no existió una verdadera estabilidad laboral, pero fue con la llegada del gobierno militar en la década de los 70s que tomo relevancia, con la promulgación del Decreto Ley N° 18471, que implanto la estabilidad laboral absoluta; pero ya en la

segunda etapa del gobierno militar de esta década específicamente en 1978 se estableció en el Perú la estabilidad relativa, con dación del Decreto Ley N° 22126, que facultaba a los empleadores a rescindir los contratos de trabajo, suscritos a partir de la entrada en vigencia de esta norma con el requisito de un preaviso de 90 días o el pago de un justiprecio de este plazo, además restringía al empleador la facultad de despedir a tres años, luego de este periodo el trabajador alcanzaba la estabilidad absoluta, por lo que muchos empleadores daban por terminado el vínculo laboral antes de los 3 años; llegada la década de los 80s, y con la vigencia de la constitución de 1979 que restablecía la estabilidad absoluta que en su artículo 48° señalaba: El estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo.

El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada; fue durante gobierno del extinto presidente Alan García Pérez, que se derogo el Decreto Ley N° 22126, y promulgo la Ley N° 24514, reafirmandose el sistema de la estabilidad absoluta. Con la llegada del gobierno del expresidente Alberto Fujimori, se volvió a la estabilidad laboral relativa con la entrada en vigencia de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Legislativo N° 728 (hoy D.S N°002-97-TR y D.S N° 003-97-TR, Ley de Promoción y Formación laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral). La Constitución vigente (1993) no la ha contemplado, por lo que no tiene rango constitucional en cambio ha sido reemplazado por la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha tenido una variada y en algunos casos contradictoria jurisprudencia para resolver las demandas de amparo, así tenemos que en la Sentencia del Expediente N° 00252007-PI, el Tribunal expresa: “Según la doctrina (...) la estabilidad laboral comprende dos aspectos: por un lado, la *estabilidad laboral de entrada*, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal; (...) y por otro lado la *estabilidad laboral de salida*, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado”. En esa misma línea el TC explica: “El derecho a la estabilidad laboral como todos los derechos fundamentales, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado mediante una ley, siempre que no vulnere su contenido esencial, así (...) mediante este precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir el derecho *a no ser despedido arbitrariamente*. Solo reconoce el

derecho del trabajadora la *protección adecuada* contra el despido arbitrario”.

En conclusión, podemos afirmar que la estabilidad que predomina en nuestro país es la estabilidad laboral relativa, por tanto, producto del mandato constitucional consagrado en el artículo 27° de la constitución política, la elección del nivel de protección, la causalidad del despido y el procedimiento para la terminación de la relación laboral están contemplados en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral el D.S 003-97-TR.

3.6 . El despido:

A opinión del reconocido tratadista NEVES, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el D.S 003-97-TR, acoge el concepto estricto de despido: *terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador, ante un motivo imputable al trabajador. Quedan, por tanto, fuera del término, los ceses por causa objetiva”* (Neves, 2015, p. 76).

Por otro lado, para Arce (2017) refiere que:

El despido es aquella forma de extinción del contrato de trabajo que se produce por voluntad unilateral del empleador. Es por ello, la que expresa, de manera más evidente, la contraposición de intereses entre el empleador y trabajador” (p. 186).

En ese orden de ideas para el maestro Guillermo Cabanellas señala que:

“El despido es un derecho potestativo que tiene el empresario para denunciar la relación laboral; derivado un acto de su voluntad unilateral por el cual pone fin a la relación de trabajo” (citado por Cuba, 2017, p. 59).

En ese sentido Velaochaga, señala que coincide con lo expresado por Cabanellas, “en el referido que (...) no califica al despido como un simple “acto unilateral”, sino como un “derecho del empleador” que le otorga la potestad de resolver la relación contractual surgida con el trabajador como consecuencia de la celebración del contrato de trabajo de modo unilateral.

Coincidimos con esta apreciación, porque si bien es cierto el despido es un derecho

del empleador, tal como alude Cabanellas, el mismo no es un derecho absoluto, ya que posee limitaciones; sin embargo, dichas limitaciones no anulan su calidad de derecho” (Cuba, 2017, p. 60).

Haro establece una clasificación del despido según lo estipulado en la legislación laboral en:

Despido legal: es un despido libre, porque no requiere expresión de causa, es decir el empleador está facultado para decidir libremente la extinción de la relación de trabajo en forma unilateral, se da específicamente dentro del periodo de prueba legal o convencional y no acarrea consecuencias indemnizatorias.

Despido arbitrario: Es aquel que lo realiza el empleador sin que este de por medio una causa justa. (Según ley) el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización (...) que consiste en el pago de una remuneración y media por cada año de servicios prestados con un tope de 12 remuneraciones.

Despido nulo: Es el acto por el cual el empleador cesa a un trabajador por motivos discriminatorios, tales como afiliación o la participación de actividades sindicales; ser candidato o representante laboral; presentar quejas o participar en procesos contra el empleador ante las autoridades competentes; discriminación por sexo, raza, religión, opinión o idioma; por embarazo dentro del periodo de gestación o hasta 90 días después de parto; por ser portador de SIDA; por ser discapacitado (HARO, 2016, p. 243).

Como hemos podido apreciar el despido importa un situación problemática dentro de la relación laboral que se presenta como una etapa de mayor aflicción para el trabajador, quien vea truncada sus aspiraciones personales como consecuencia directa de la falta de ingresos económicos, por tanto repercute en todos los ámbitos de su vida pero con mayor incidencia en el familiar; por ello es conveniente que la aplicación de dispositivos legales que regulan el despido procuren establecer procedimientos que aseguren que el fin de la relación laboral se debió a causas debidamente justificadas contempladas en la norma y no solo a la libre voluntad del empleador, en cualquier estadio del vínculo laboral.

3.7. Contrato de trabajo:

El contrato de trabajo es un acuerdo entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de ajenidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 65).

En esta misma línea la jurisprudencia nacional a través de la cortes superiores plantea una definición en los siguientes términos, “ este colegiado define al contrato de trabajo como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de la otra llamada empleador quien a su vez obliga a pagarle una remuneración, reconociendo además como elementos esenciales de esta clase de contrato la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración”.

En tanto que el máximo intérprete de nuestra constitución con relación al contrato de trabajo conceptúa “el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual eltrabajador se obliga a prestar servicios al empleador de manera personal y directa a cambio de una remuneración. El vínculo de subordinación jurídica implica que el trabajador debe prestar sus servicios bajo la dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

De lo expuesto anteriormente el elemento medular que determina la existencia de un contrato de trabajo lo constituye la subordinación o dependencia, ya que ello otorga al contrato el carácter de laboralidad, pasible de protección tuitiva por la normatividad laboral.

En este mismo sentido el laboralista Neves (2018) concluye que: “La subordinación conlleva un poder jurídico. Por tratarse de un poder, su ejercicio no es obligatorio para quien lo ostenta. El empleador puede decidir si los ejerce o no y en qué grado, según las necesidades de la empresa y la diversidad de trabajadores. Por ejemplo, los

trabajadores menos calificados o de una sección neurálgica podrían ser sometidos a un control mayor (p. 36).

Pero, además, ese poder es jurídico. Interesa para configurarlo la ubicación de una de las partes de la relación laboral frente a la otra, no la situación socioeconómica ni la prestación técnica de aquellas (Neves, 2018, p. 37).

3.8. Elementos esenciales del contrato de trabajo:

De la lectura del artículo 4° del D.S N° 003-97-TR, TUO del D.L N° 728, se desprenden elementos característicos que evidencian la existencia de una relación contractual de naturaleza laboral, existe consenso en establecer que son tres los elementos esenciales, la prestación personal del servicio, la subordinación o dependencia y la remuneración.

En cuanto a la prestación personal, Arce expresa: “El servicio prestado en el marco de un contrato de trabajo debe ser brindado por una persona física. Ello debe entenderse en el sentido de que la labor debe ser desempeñada de modo personal y directo por el trabajador, es decir debe ser este quien preste los servicios sin intermediarios (ARCE, 2013, p. 81).

En la misma línea para el tratadista Toyama Miyagusuku (2015), afirma “(...) un contrato de trabajo es personalísimo – *intuitu personae* - y no puede ser delegado a un tercero. Los servicios que presta un trabajador son directos y concretos, no existiendo la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros (salvo el caso del trabajo familiar)” (p. 67).

Por otro lado, el laboralista Neves (2018) expone que: “La relación se desnaturaliza si el trabajador contrata a sujetos que lo apoyen o reemplacen en su obligación. Aquí encontramos nuevamente diferencias cruciales con los contratos de locación de servicios y de obra” (p. 33).

Siguiendo a este mismo autor concluye que: “(...) de lo expuesto se desprende que, si el trabajador se incapacita para el cumplimiento de su actividad, de manera temporal o definitiva, o fallece, la relación laboral se suspende o se extingue, según los casos

(artículos 12 y 16 de LPCL)” (Neves, 2018, p. 34).

El otro elemento de presencia sustancial en todo contrato de trabajo lo constituye la subordinación o dependencia, que según la jurisprudencia nacional “ (...) |implica la presencia de facultades de dirección, normativa y disciplinaria del empleador frente a un trabajador, las mismas que se manifiestan, en la exigencia de cumplimiento de un horario y una jornada de trabajo o en determinados periodos de tiempo en los que el trabajador pone a disposición del empleador su tiempo, por disposición impuesta por el empleador, así como la sumisión o sujeción del trabajador a las directrices que le dicte el empleador”.

Siguiendo la misma línea Blancas afirma que: “El elemento decisivo en la noción de subordinación es, por consiguiente, el hecho de que el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, (...) situación está que se verifica plenamente cuando el primero realiza su trabajo dentro del marco de la organización empresarial de la que es titular el segundo, lo cual, ello permite distinguir en última instancia el trabajo subordinado del trabajo autónomo o por cuenta propia (Blancas, 2016, p. 94).

Finalmente el último elemento que evidencia de una relación contractual de naturaleza laboral se presenta con la remuneración que en palabras de Diaz: “remuneración constituye el integro de la contraprestación en dinero o en especie, cualquiera sea la denominación que se le dé, siempre que sea de libre disposición del trabajador, que el empleador debe pagar al trabajador en forma periódica y/o lapso determinado en el contrato de trabajo o la ley pertinente, por los servicios recibidos”(Diaz, 2016,p. 316).

Por otro lado, el pago en dinero o en especie que el empresario le hace, se lo hace en retribución a su prestación de servicios. Por ello, una persona no encaja dentro del ámbito de aplicación la LPCL, si el servicio tiene solo fines no productivos (benéficos por ejemplo) o si el empresario compensa ciertos gastos (como ocurre por ejemplo en la entrega de vestimenta apropiada para el cumplimiento de la labor, pago de movilidad y en general (todo) lo que no constituya beneficio ni ventaja patrimonial para el trabajador (Arce, 2013, p. 83).

A manera de conclusión en la generalidad de casos el trabajador en un proceso judicial

debiera demostrar la presencia de los tres elementos presentes en una relación contractual de carácter laboral. Sin embargo, la Ley N° 29497 nueva Ley Procesal del Trabajo, el demandante solo deberá probar los elementos de prestación personal de servicios y la remuneración, mientras que la subordinación se presume de la presencia de los otros elementos, corresponderá al demandado ósea el empleador probar que no existió subordinación (Toyama, 2013, p. 14-15).

3.9. Características del contrato de trabajo:

De la definición que la LPCL otorga al contrato de trabajo, se puede colegir las siguientes características:

Es consensual: Ya que es suficiente que la expresión de las partes se haya dado y que, como consecuencia de ello, se dé inicio también a la relación laboral para que el contrato dependiente tenga plena vigencia y validez en el tiempo, al corresponder al contrato de trabajo uno de ejecución continuada: la consensualidad permite identificar el punto de partida del contrato y su ejecución lo que se denomina relación laboral (Gómez, 2016, p. 189).

Es oneroso: En razón de que la contraprestación de la labor genera una retribución a cargo de sus beneficiarios que es el empleador, y que servirá al trabajador para resolver sus problemas materiales y espirituales de subsistencia puntualizado por el (primer párrafo) del artículo 24° de la constitución política (Gómez, 2016, p. 190).

Es sinalagmático: Significa que las partes convienen en prestaciones recíprocas. Los trabajadores se obligarán a realizar un trabajo convenido, y los empleadores se obligarán a pagar una remuneración estipulada. El empresario estará obligado al pago del salario, siempre y cuando se haya prestado el servicio por parte del trabajador (Haro, 2016, p. 98).

Es personal: El contrato de trabajo en cuanto se refiere al trabajador se caracteriza fundamentalmente por el elemento *intuitu personae*, (...) el contrato de trabajo se celebra precisamente en atención de las cualidades personales, morales, al nivel de preparación, capacitación experiencia del trabajador (Díaz, 2016, p. 333).

Es de tracto sucesivo: Puesto que el contrato de trabajo no se agota en un solo acto, sino que comporta una yuxtaposición de actos por parte de los sujetos de la relación laboral, lo cual brinda continuidad al contrato a través del tiempo (Valderrama, 2016, p. 120).

Es subordinado: Esta circunstancia lo distingue de las actividades independientes o autónomas (...). El trabajador por el contrato de trabajo se coloca bajo las órdenes del empleador, quien, en base a sus poderes de dirección, de organización y disciplina (Art 9° del TUO-LPCL-D. L 728) le dirá de qué manera habrá de ejecutarse dentro o fuera de la empresa, durante la jornada de trabajo y mientras subsista la relación laboral (Gómez, 2016, p. 191).

Es conmutativo: (...) porque supone el pleno conocimiento de las partes de sus obligaciones y derechos tanto por parte del empleador y trabajador (Díaz, 2016, p. 337). (...) Por este principio se prevé de antemano la ejecución real del contrato de trabajo en el tiempo, y cada una de las partes se obliga a dar o a hacer o a no hacer una cosa cierta, a cambio de una contraparte (Gómez, 2016, p. 191-192).

3.10. Clasificación:

Los empleadores y trabajadores pueden establecer vínculo laboral mediante la celebración de tres tipos de contratos:

Contrato a tiempo indeterminado: El contrato a tiempo indeterminado es aquel que se celebra entre un trabajador y un empleador, ya sea de manera escrita o verbal sin señalar plazo de vencimiento del contrato, entendiéndose que en toda prestación de servicios que reúna los elementos esenciales de la relación laboral, (se presume legalmente) que estamos ante un contrato de trabajo a tiempo indeterminado (Toyama, 2013, p. 16).

Contrato sujeto a modalidad, plazo fijo o plazo determinado: Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades de mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se (ejecutará) (Actualidad Jurídica, 2019, p. 215).

Contrato a tiempo parcial: Contrato de trabajo por el que se acuerda la obligación del trabajador de prestar servicios durante una jornada inferior a la ordinaria, de acuerdo a los parámetros establecidos legalmente. Se considera jornada parcial cuando la jornada semanal dividida entre seis o cinco días, según corresponda, resulte en promedio menor a cuatro horas diarias (Valderrama, 2016, p. 112).

Con relación a las formalidades y límites, consideramos que la norma prevé que los contratos se suscriben necesariamente por escrito (art 13° de la LPCL). En nuestra opinión, estamos ante una formalidad esencial que importa la observancia del requisito, pues las normas laborales son imperativas. (...) si no se cumple esta formalidad, el trabajador tendrá derecho a percibir todos los (beneficios laborales de un trabajador a tiempo completo) (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 79).

3.11. Regulación del contrato de trabajo en el Perú:

La regulación del contrato de trabajo en nuestro país ha tenido una muy variada regulación normativa, así como dispersa, en palabras de Gómez Valdez, "(...) en todo caso, la reciente sistematización armónica (aparece) con la dación del Decreto Legislativo N° 728. De otro lado, la legislación del contrato dependiente como en el viejo continente fue encargada inicialmente al Código Civil, siendo el de 1936 que, por primera vez, le otorga una (regulación) expresa en sus arts. 1571° y 1572°.

Este tratamiento legal disperso, a pesar de los esfuerzos legislativos traídos entre manos por el original Decreto Legislativo N° 728, no ha podido abanicar en un solo cuerpo legal todos los contratos de trabajos existentes como sería de esperar; (sin embargo, la norma) sigue habitando con fragmentada normatividad especial, y habrá que mantenerse como tal hasta que se dicte el código de trabajo o la ley general del trabajo" (Gómez, 2016, p. 77-78).

En este mismo sentido el connotado laboralista Neves (2018) con ocasión de exponer un balance de la reforma laboral emprendida en los 90S manifiesta: "La llamada ley de fomento del empleo, aprobada por el Decreto Legislativo N° 728 (noviembre de 1991), que luego se desdobló en la Ley de Formación y Promoción Laboral, de un lado, y la Ley de Productividad Laboral, del otro (marzo de 1997). Esta norma se ocupa de cuestiones claves en las relaciones laborales, como la contratación temporal

y las causas, procedimientos y acciones frente a la extinción de los vínculos (p. 35).

(...) Pues bien, en este campo la reforma ha atravesado tres etapas, cada una de ellas menos protectora que la anterior: noviembre de 1991, julio de 1995 y octubre de 1996”.

Por otro lado, haciendo un desarrollo detallado de la regulación actual del contrato de trabajo, nos lleva al Texto Único ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral el D.S. N° 00397.-TR; el cual en lo relacionado al contrato de trabajo norma de manera general los elementos esenciales, la presunción para la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado en el Capítulo I: El periodo de prueba en el Capítulo II: La suspensión del contrato de trabajo (sus modos y causas de suspensión en el capítulo III, en el Capítulo IV legisla: La extinción del contrato de trabajo, las causas justas de despido relacionadas con la capacidad y con la conducta del trabajador, las faltas graves, inhabilitación que justifica el despido, el despido nulo, los actos de hostilidad equiparables al despido; en el Capítulo V precisa los derechos del trabajador, el capítulo VI: Las situaciones especiales relativas al personal de dirección y a trabajadores de confianza, en el capítulo VII, lo relativo al cese colectivo por causas objetivas; el título III, legisla los contratos sujetos a modalidad.

3.12. Tratamiento constitucional y judicial del contrato de trabajo:

El tratamiento jurisprudencial que le ha sido otorgado al contrato de trabajo ha sido abordado por las distintas instancias de la judicatura nacional, según el Tribunal Constitucional para determinar la existencia o no de una relación de trabajo se debe evidenciar ciertos rasgos de laboralidad así en el caso *Pedro Jesús Huamán Curioso* expone lo siguiente: *“Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes, encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la empleada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración al demandante;*

y g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud”.

Por otro lado la Corte Suprema de Justicia de la República señaló: “*Que el contrato de trabajo supone la existencia de una relación jurídica que se caracteriza por la presencia de tres elementos substanciales, los cuales son: la prestación personal del servicio, la dependencia o subordinación del trabajador al empleador y el pago de una remuneración periódica, destacando el segundo elemento que es el que lo diferencia sobre todo de los contratos civiles de prestación de servicios y el contrato comercial de comisión mercantil*”.

Como se puede observar a partir de los pronunciamientos jurisprudenciales, el contrato de trabajo, debe tener como componentes sustanciales, que resumiendo son la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación, este último determinante y típico en toda relación contractual de naturaleza laboral, y todo ello debe observarse tomando como base la realidad de hechos en la cual se desenvuelve la labor del trabajador, es aquí donde emerge uno de los principios de mayor importancia como lo es el principio de primacía de la realidad que trataremos a continuación.

3.13. El principio de la primacía de la realidad en el contrato de trabajo:

Desde una definición tradicional Plá Rodríguez (1960) señala que:

El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, contratos o acuerdos en general, debe preferirse lo primero, es decir, aquello que realmente ocurre (p. 247).

Para Toyama Miyagusuku, menciona que para apreciar la existencia de lo que sucede en la realidad, por ejemplo, en la manera como se ejecuta un contrato de locación de servicios no personales, se suelen analizar las manifestaciones y rasgos sintomáticos del contrato de trabajo.

Algunas manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo – remuneración, prestación personal y subordinación, son por ejemplo la entrega de boletas de pago, (...) vacaciones, etc. (Por el lado de la) dependencia, concesión de licencias, (...) descuentos por tardanza, (...) inclusión dentro de la jerarquía u organigrama de la institución (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 102).

Por otro lado, Neves, afirma que: (...) el juez debe hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y considerar el acto de encubrimiento como inválido. (...) lo común, sin embargo, es que la elaboración del disfraz de la verdad se materialice con la intervención de la voluntad formal el trabajador, aunque la real sea contraria (y por ello, denuncia luego el hecho), o que se forme con la voluntad única del empleador y que aquel le cause perjuicio al trabajador (Neves, 2018, p. 42).

El principio de primacía de la realidad encuentra asidero legal inicialmente en el Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29497 Nueva Ley Procesal del Trabajo, donde establece que el Proceso Laboral se inspira entre otros en el principio de veracidad que en el ámbito procesal no sería otra cosa que la materialización de este principio. Mientras que el Artículo III de T.P del mismo cuerpo legal regula que los jueces deben procurar alcanzar, la igualdad real de las partes, privilegiando el fondo sobre la forma.

La regulación inspectiva de trabajo contenida en el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador, también contiene como uno de sus principios generales al de primacía de la realidad.

Finalmente, en la actualidad, la Ley N° 28806 establece una definición del principio, regulando que “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.

3.14. El periodo de prueba:

El tratamiento legislativo del periodo de prueba en el Perú ha sido modificado en varias ocasiones en espacios de tiempos cortos, así tenemos que inicialmente el periodo fue de tres meses según lo establecía el decreto legislativo N° 18471 emitido

el 10/11/1970. Posteriormente con la entrada en vigencia a partir del 21/03/1978, del Decreto Legislativo N° 22126 que en su artículo 2° inciso b, el periodo se amplió a tres años.

Con la Constitución de 1979, que en su artículo 48°, consigno expresamente el derecho a la estabilidad laboral, remitiendo para su reglamentación legislativa, la que se cumplió con la promulgación de la Ley N° 24514 en 1985, la que nuevamente reestableció a tres meses el periodo de prueba (art 2°); y en plena vigencia de dicha constitución, fue promulgado el Decreto Legislativo N° 728 “Ley de Fomento del Empleo” el 08/11/1991, modificado por el Decreto Legislativo N° 765, art 43°, del 03/11/1991, creando un periodo de prueba “a la medida”, situación que se vio agravada aún más con dación de la Ley N° 26513,(TUO-LFE-728), y después con el Decreto Supremo N° 003-97TR (Ley de productividad y Competitividad Laboral, TextoÚnico Ordenado del D.L 728°) esta última regulación adecua este periodo en función de los requerimientos de las empresas y según el cargo que ocupe el trabajador contratado, aceptando que el mencionado periodo sea de hasta seis o doce meses, según se traten de trabajadores calificados o de dirección (art 10°, in fine, del D.L 003-97TR). Según el cuerpo legal antes mencionado para estos últimos casos la ampliación del periodo de prueba deberá constar por escrito.

Por su parte, el reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, modificado por Decreto Supremo N° 011-2001-TR, regula el periodo de prueba en su artículo 16° los casos de suspensión o reingreso del trabajador, mencionando que en estos casos se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba legal, además establece que no corresponde tal acumulación cuando el trabajador haya reingresado a un puesto notoria y cuantitativamente distinto al que ocupó previamente, o que tal reingreso se haya producido pasado tres años del cese. Por otro parte siguiendo la misma línea el artículo 17° regula el exceso de periodo de prueba, estableciendo que todo exceso que se pactara superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno.

3.14.1 Concepto:

La doctrina laboral ha esbozado diferentes formas de conceptualizar a este periodo, así

Montoya citando a Plá Rodríguez lo define: “Como el espacio de tiempo en el cual el trabajador demuestra su aptitud profesional, así como su adaptación a la tarea encomendada, y durante el cual cualquiera de las partes puede hacer cesar la relación que las vincula” (MONTROYA, 2005, p. 23).

Para Cabanellas, lo define como: “La condición expresa en el contrato de trabajo por la cual cada uno de los contratantes puede disolver el vínculo contractual si no está satisfecho, durante dicho lapso, con las prestaciones del otro contratante” (Cabanellas, 1988, p. 74).

En nuestro ámbito nacional el reconocido laboralista Blancas lo conceptúa como: “Una institución que hace posible que ambas partes de la relación laboral – empleador y trabajador – se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales –personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizar el servicio – antes de otorgar a dicha relación, un grado mayor de permanencia y seguridad (Blancas, 2013, p. 161).

Por su parte, la jurisprudencia constitucional también se ha pronunciado al respecto, definiendo al periodo de prueba “(como el lapso de tiempo) durante el cual el empleador evalúa el desempeño del trabajador en un determinado puesto de trabajo”.

En ese mismo sentido la Corte Suprema de la República en referencia a este periodo menciona que: “Podemos decir del periodo de prueba que viene a ser la etapa inicial del contrato de trabajo, cuya finalidad consiste en probar las cualidades del trabajador, resultandorazonable determinar que la resolución del contrato, durante dicho periodo, solo debería operar en el supuesto de que tales cualidades no se ajusten a las exigencias que el empleador tiene establecidas para el puesto o que las pruebas propuestas para la empresa no hayan sido superadas por el trabajador”.

Finalmente podemos colegir que el periodo de prueba es un espacio de tiempo dentro de la relación laboral cuya finalidad principal es de evaluar la idoneidad y cualidades del trabajador en el puesto de trabajo, y de parte de este último la conveniencia de quedarse o no en dicho puesto, donde además cualquiera de las partes puede sin mayor rigurosidad dar por finalizado el vínculo contractual.

3.14.2 Naturaleza jurídica:

Díaz Aroco, acertadamente con relación a la naturaleza de este periodo expresa: “Que el periodo de prueba implica un periodo de inestabilidad de la relación jurídica laboral, la relación entre el periodo de prueba y el derecho a la estabilidad laboral es consustancial, ya que superado dicho periodo, el trabajador alcanza el derecho a la estabilidad laboral (Díaz, 2016, p. 365).

Sin embargo, a lo largo del tiempo se han planteado distintas posiciones doctrinarias con relación a la naturaleza jurídica de esta institución, así tenemos las siguientes:

Contrato de preliminar o precontrato: por la cual una o ambas partes se comprometen a celebrar posteriormente otro contrato, el llamado principal. No hay dos contratos sino un solo vínculo, situación más de destacar, si se considera que la antigüedad del trabajador es una sola, por quedar absorbido prácticamente el segundo contrato por el primero; al que se le atribuiría en realidad, dentro de esta tesis, un simple carácter provisional (Cabanellas, 1968, p. 56).

Contrato de trabajo especial: El contrato de prueba en una categoría de contratos mixtos clasificados en “contratos de trabajo común y contratos de trabajo especiales”.

De esta manera, el intercambio de salario por actividad laboral tendría un valor accesorio siendo el principal ingrediente del contrato celebrado a prueba la realización del experimento al que se comprometen las partes. Se puede evidenciar que razón fundamental del contrato es el experimento otorgándosele a este la causa de su suscripción, mientras que la retribución económica y prestación del servicio son elementos auxiliares.

En la propia definición del concepto encuentra esta línea de pensamiento su principal debilidad de cara a resistir las críticas de otros sectores doctrinales (Asquerino, 2015, p. 43).

Pero esta teoría al igual que Martín también es criticada por De Val Tena, quien considera que hablar de dos momentos jurídicos distintos no corresponde a la realidad jurídica, “ya que cuando el trabajador continúa prestando sus servicios laborales al

empleador no hay más que un contrato, y este es el mismo desde que el trabajador ingresó en la empresa”.

Asimismo, considera que no debemos olvidar que el acuerdo inicial de voluntades es la única fuente constitutiva de la relación entre las partes durante y al final de la prueba (De Val Tena, 1998, p. 47).

Para finalizar desde nuestra posición creemos que esta teoría no se ajusta a la realidad ya que el contrato de trabajo se constituye en una sola unidad contractual, no existiendo dos momentos diferentes, ya que el vínculo laboral se mantiene bajo los mismos términos al superar dicho periodo.

Contrato de condición resolutoria: Esta teoría plantea que, si una de las partes considera que hay elementos suficientes para rescindir el contrato *ante tempus*, simplemente el derecho a la protección aludida no sería alcanzable, porque, *ipso facto*, se extinguiría el contrato (Gómez, 2016, p. 720).

La condición suspensiva: Nos encontramos ante una condición de esta naturaleza en los supuestos en los que el nacimiento de la relación depende del efectivo cumplimiento de la condición. Entender el periodo de prueba como condición suspensiva, supone afirmar que el contrato de trabajo durante este intervalo se encuentra en suspenso, no se ha perfeccionado, toda vez que se halla pendiente de resultado satisfactorio de la condición (la prueba) (Jara, 2017, p. 57-58).

Por otro lado, Val Tena, es crítico de esta teoría señalando, en definitiva, “no es el período de prueba una fase de pura expectativa de efectos contractuales porque las obligaciones recíprocas de empresario y trabajador surgen desde el comienzo de aquél, y desde ese momento son exigibles, sin esperar al cumplimiento de la condición” (De Val Tena, 1998, p. 49).

Es por ello que, en principio, se podría invocar el periodo de prueba para dar por terminado el vínculo laboral sin la formalidad que la normativa exige (preaviso o pagos indemnizatorios, entre otros)”.

3.14.3 . Fundamentos del periodo de prueba:

En su tesis de maestría Mas Lozada, nos plantea que, para establecer los fundamentos del periodo de prueba, se debería realizar previamente una revisión semántica de la acepción, llegando a definir al término “fundamento”, como el principio o la base de una cosa; de lo que colige que, aplicando esta definición al ámbito jurídico, se podría entender como la razón o motivo por la cual se instituyo en el ordenamiento la institución llamada periodo de prueba.

En ese sentido Asquerino Lampero en su tesis doctoral plantea lo siguiente: En un mundo como el actual en el que nos encontramos ante una mano de obra cada vez más especializada, formada y cualificada, los talentos que no se pueden valorar a través de la aportación de títulos expedidos por entidades oficiales constituyen (...) los rasgos que se valorarán por los empresarios, (capacidades personales del trabajador) y se observan necesariamente con el efectivo ejercicio de la actividad prestacional, no previamente a su concertación.

Bajo el sentido Jara expresa, “estamos ante un elemento de trascendental importancia en el contrato de trabajo, pues nos permitirá conocer y comprobar, en plazo determinado de tiempo, si el trabajador contratado reúne las competencias requeridas y adecuadas para el puesto para el cual fue contratado, vale decir si se ajusta a las necesidades y expectativas del empleador, asimismo el trabajador podrá evaluar las condiciones en que se desarrolla la relación laboral y si estas satisfacen sus aspiraciones personales y profesionales” (Jara, 2017, p. 62-63).

Siguiendo esa misma línea Blancas (2013) menciona:

Esta finalidad (el conocimiento y evaluación mutua entre empleador - trabajador), se cumple independientemente de las normas protectoras contra el despido injustificado que puedan establecerse, como lo demuestra el hecho de que en muchos ordenamientos que carecen de un sistema de estabilidad laboral han instituido, sin embargo un periodo o contrato de prueba” (p. 161-162).

De esta manera, el periodo de prueba se concibe como el instrumento útil para “corregir, en su caso, posibles errores in eligiendo, ya sean consecuencias de

conductas maliciosas, ya simples efectos no conocidos hasta entonces”; de esta forma, el período de prueba “juega como un modo de eliminación de riesgos empresariales”, reduciendo “determinados costes de transacción del contrato de trabajo”.

3.14.4 Utilidad del periodo de prueba:

El período de prueba es una herramienta especialmente útil para el empresario quien tiene, durante su transcurso, la posibilidad de extinguir sin causa la relación laboral.

De esta manera, el período de prueba reportará al empresario la oportunidad de comprobar si el primer juicio acerca del trabajador resultó o no acertado; pero, profundizando en el entendimiento del destino y la utilidad que presta la prueba, se puede afirmar que es el instrumento más adecuado para que el empresario pueda constatar ya no solo que su trabajador es técnicamente hábil (aspecto este que podría valorarse a través de otros medios diferentes y anteriores a la contratación) sino si las cualidades personales que ofrece el trabajador son también las adecuadas para la prestación de servicios que se le encomienda (Asquerino, 2015, p. 62).

La utilidad del periodo de prueba en una relación laboral según Bautista Jara, “radica en que tanto el trabajador como el empleador no son del todo sinceros en momentos previos a la celebración del contrato de trabajo, con relación al caso del trabajador ese siempre tratará de dar una buena impresión. (...) sucede lo mismo con el empleador, quien tratará de dar una buena imagen institucional.

(...) En muchas ocasiones los actores de la relación laboral podrán comprobar que las condiciones ofertadas por ambas partes no se ajustan a la realidad, es en ese momento en que el periodo de prueba resultará determinante del futuro de la relación laboral” (Jara, 2017, p. 63).

Por último, el empleador no podrá interrumpir la experimentación de la relación de trabajo antes de adquirir elementos de juicio suficientes sobre la idoneidad del trabajador, mientras que éste, conservando por supuesto íntegra su libertad de desistimiento, no deberá ejercerla de forma abusiva o emulativa – sin notificación, e incluso, cabría pensar, en ciertas ocasiones, sin preaviso (Martin, 1976, p. 218).

3.14.5 . Derechos que se ejercen durante el periodo de prueba:

Hay empleadores que suelen asumir que durante el periodo de prueba no es obligatorio registrar al trabajador en la planilla, pues indican que los derechos laborales se generan recién después de superado dicho periodo y que por tanto le corresponde tenerlos bajo la modalidad de pago por recibos por honorarios. No obstante, cabe mencionar que lo correcto es darle de alta al trabajador en la planilla el mismo día en que inicia sus labores. Pues el vínculo laboral no se inicia luego del periodo de prueba, sino previa suscripción del contrato de trabajo y desde el primer día de labores (Tarazona, 2018, p. 69).

a) Derecho a la seguridad social:

Los empleadores deben registrar a cada uno de sus trabajadores y derecho - habientes ante Essalud. Esta obligación se cumple mediante el alta del trabajador en el T-Registro como su derecho - habiente. Actualmente este seguro se encuentra a cargo del empleador, quien deberá pagar mensualmente a Essalud un monto equivalente al 9% de la remuneración del trabajador.

Por otro lado, el empleador tiene la obligación de retener mensualmente un porcentaje de la remuneración del trabajador por concepto de aporte pensionario. El trabajador elegirá si aporta al sistema nacional de pensiones (ONP) o al sistema privado de pensiones (AFP).

b) Compensación por tiempo de servicios:

De acuerdo con la Ley de CTS. TUO del Decreto Legislativo N° 650 aprobado por el D.S. N°001-97TR (01-03-97), los trabajadores adquieren derecho a la CTS a partir de un mesde labor. Cumplido dicho requisito la CTS se devenga desde el primer día de servicios.

Es decir, un trabajador en periodo de prueba tiene derecho a la compensación por tiempo de servicios, solo si labora un mes o más (si renuncia o es despedido con menos de 30 días de labor no tiene derecho a CTS). Pero cumplido el requisito de un mes, la CTS se le pagará por todo el periodo laborado es decir desde el primer día de trabajo.

Su finalidad es prevenir las contingencias que origina el cese del vínculo laboral, económicamente constituirá un ahorro forzoso.

c) Derecho a vacaciones:

Las vacaciones son el derecho que tiene todo trabajador a disfrutar 30 días calendario de descanso físico remunerado por cada año completo de servicios, para el caso del régimen MYPE, solo tendrán derecho a 15 días calendario.

El derecho vacacional se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 713 “Ley de Descansos Remunerados”, como también en su reglamento el D.S N° 012-92-TR, artículo 11°.

“Para este efecto, el referido record vacacional se computará desde la fecha en que el trabajador ingresó al servicio del empleador (se incluye de este modo el periodo de prueba) (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 432).

Sin embargo, si el trabajador cesa en el periodo de prueba tendrá derecho al pago del récord trunco vacacional, si ha laborado por lo menos un mes. De cumplir este requisito, le corresponde el pago del récord trunco vacacional desde el inicio de la prestación del servicio a razón de tanto dozavos y treintavos de un dozavo de su remuneración mensual ordinaria como meses y días hubiera laborado (Obregón, 2015, p. 2).

d) Gratificaciones:

Las gratificaciones legales se otorgan dos veces al año por conceptos de fiestas patrias y navidad. Se pagan en la quincena de julio y diciembre, en razón a una remuneración completa en cada oportunidad y por mes calendario completo laborado, de acuerdo al Artículo 6° de la Ley N° 27735.

Asimismo, es necesario que el trabajador deba contar como mínimo un mes de servicios antes del mes en que corresponda el pago de la gratificación (Toyama Miyagusuku, 2015, p. 315).

Por lo que el trabajador en periodo de prueba que cumpla el primer mes efectivo de trabajo tendrá derecho a éste, asimismo si se encuentra laborando en la oportunidad del pago de la gratificación, sea la de Navidad o Fiestas Patrias, tendrá el derecho al pago de esta (Obregón, 2015, p. 2).

e) Otros beneficios:

Del mismo modo también le corresponderá al trabajador en periodo de prueba el pago de la asignación familiar si tuviese hijos a su cargo, pago de las utilidades por el periodo laborado, los descansos en feriados, el pago por las horas extras que hubiera efectivamente laborado, etc.

3.14.6 . Elementos que caracterizan al periodo de prueba:

Alonso García, citado por Jara (2017), refiere que los elementos son los sujetos, objeto, la causa y la forma.

Sujetos: Son sujetos del contrato de prueba de allí donde éste aparece como relación autónoma, pues el problema no ofrece dificultad ninguna donde se trata de un contrato de trabajo sometido a la condición de prueba, los mismos del contrato laboral, es decir empresario y trabajador.

Dado el carácter *intuitio personae* del contrato de trabajo, y la finalidad esencial del contrato de prueba, es lógico pensar en la vinculación entre sujetos de una y otra relación se convierte en identidad de los mismos.

El pacto de prueba persigue siempre la comprobación de unas aptitudes y se constituye como un medio de carácter accesorio no principal, (...) donde los que inician el contrato de trabajo son los mismos que posteriormente han de acordar un contrato de valor y carácter definitivo.

Objeto: Si el objeto del contrato es la materia sobre la cual éste versa, la del contrato de prueba se identifica, desde luego, con la de contrato de trabajo, consiste en la prestación de servicios, en cuanto resultado valorable a los efectos de una ulterior decisión (JARA, 2017, p. 64).

Es claro, por otra parte, que esa prestación, en cuanto constituye el objeto del contrato, forma parte del contenido de una obligación y, desde este punto de vista, ha de ser lícita, posible y determinada o determinable (García, 1975, p. 461).

En cambio, el fin es, precisamente, la comprobación de si las prestaciones objeto del contrato satisfacen, en sus resultados, la media de los deseos de las partes a los efectos de la convalidación de una relación amenazada, mientras tanto, de provisionalidad (García, 1975, p. 461).

Causa: Si aceptamos la configuración del contrato de prueba como relación autónoma y la noción de causa como función económica social asignada por el ordenamiento jurídico a cada tipo de negocio no basta con referirse al cambio de prestación de servicios por prestación remuneratoria (Jara, 2017, p. 65).

A ello debe añadirse, como función que se une - incluso sobreponiéndose a la anterior, pero sin desaparecer esta - *el valor instrumental de la experiencia*, de prueba en suma, que el mencionado intercambio de prestaciones tiene el contrato de prueba y que no guarda, por el contrario, en el contrato de trabajo puro (ALONSO GARCIA, 1975,p. 462).

Forma: El pacto de prueba-Cláusula de prueba o condición de prueba- es evidente que habrá de adoptar la forma que adopte el contrato de trabajo de que forme parte, verbal, si verbal éste, escrita, si escrito el mismo (Jara, 2017, p. 65).

3.14.7 . Formalidad del periodo de prueba:

Las formalidades que se establece para el periodo de prueba estará de acuerdo a la forma que adopte el contrato esto es será verbal, si es contrato lo es, y será escrito si el contrato también es escrito.

En lo que corresponde a las formalidades para la celebración del periodo de prueba, nuestra legislación vigente muestra una exigencia relativa o parcial. En efecto, a diferencia de la legislación española, que es especialmente exigente con la formalidad de la celebración expresa o escritural, la nuestra exige esta formalidad únicamente para la ampliación del periodo de prueba (párrafo final del artículo 10º del D.S N° 003-97-TR) (Lozada, 2018, p. 37).

No obstante, como ya hemos precisado la no consideración expresa del período de prueba pactado, verbal o escrito, no implica su inexistencia, toda vez que, al ser una figura implícita en toda relación laboral, para estos casos será de aplicación el plazo previsto por la ley. (...) por lo que ante cualquier omisión que se incurriera al momento de celebrarse el contrato, será de aplicación las normas previstas por la Ley (Jara, 2017, p. 67).

Guerrero (2012) señala a "diferencia de la legislación española, nuestra normatividad laboral no exige como requisito de validez del Período de Prueba, su manifestación expresa en el contrato de trabajo, por lo que no podríamos decir que estamos frente a un acto jurídico ad *solemnitatem* (p. 3).

3.14.8. Duración del periodo de prueba:

De acuerdo al artículo 10° del D.S 003-97-TR, el periodo de prueba tiene una duración de tres meses, cuya superación otorga al trabajador la protección frente al despido arbitrario.

En nuestro ordenamiento jurídico laboral el referido periodo de prueba no opera como un pacto de prueba, esto es, como un acuerdo que las partes pueden consensuar. En nuestra normativa laboral, el periodo de prueba se aplica sin importar si este se ha declarado expresamente, o si las partes han dejado constancia por escrito su existencia.

Es por ello que, en principio, se podría invocar el periodo de prueba para dar por terminado el vínculo laboral sin la formalidad que la normativa exige (preavisos o pagos indemnizatorios, entre otros) (CACERES PAREDES, 2006, p. 5).

El periodo de prueba, en la generalidad de los casos, es de tres meses, sin embargo, el empleador y el trabajador pueden pactar un plazo mayor, si las labores a realizar requieren de un periodo de capacitación o adaptación superior a los tres meses. También puede pactarse un mayor plazo, si la naturaleza de las labores o el grado de responsabilidad del trabajador justifican tal ampliación), tal como el caso de trabajadores calificativos o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección (Jara, 2017, p. 80).

Es importante anotar también, que este plazo de naturaleza convencional que prevé nuestra normativa laboral, en la praxis no resulta ser tal. Lo que en verdad acontece en los hechos, es que el empleador consigna de manera anticipada y obligatoria el plazo de seis meses o un año, sin que el trabajador tenga la oportunidad de dar su conformidad a dicha cláusula. (De esta manera se impone la voluntad del empleador) (Castillo, 2009, p. 24).

En ese sentido refiere Cáceres (2006) (...) la ampliación del periodo de prueba, además de operar para ciertos supuestos de trabajo excepcionales, estos deben encontrarse corroborados con la realidad de los hechos y no con lo descrito en los documentos o acuerdos de las partes.

Reiteramos la importancia del principio de la realidad en este caso. Es decir, aunque las partes aleguen que la labor a desempeñar requiere la ampliación del periodo de prueba, si es que en la realidad se verifica que el puesto a desempeñar sólo requiere el periodo de prueba ordinario (3 meses), entonces debe prevalecer este sobre aquella ampliación.

3.14.9. El derecho del trabajador al superar el periodo de prueba:

Superado el período de prueba de tres meses, o el período ampliado, le corresponde al trabajador el "derecho de protección contra el despido arbitrario". Significa ello que, si el empleador quisiera rescindir el contrato de trabajo, tendrá que pagarle al trabajador, además de los beneficios de ley, una indemnización por despido arbitrario.

Anteriormente, bajo la vigencia de la Ley N° 24514 y el original Decreto Legislativo N° 728 se señalaba el derecho a la estabilidad laboral una vez superado el período de prueba. Es decir, el trabajador no sólo tenía la protección contra el despido arbitrario, ilegal, abusivo, etc., sino que, tenía el derecho a la reposición al trabajo, por haber sido despedido injustamente, al mismo cargo ocupado antes de producirse el cese.

Ahora, el trabajador que haya superado el referido período, sólo cuenta con la protección contra el despido arbitrario. Esto significa que cuando éste es afectado solamente se le brinda la oportunidad de ser indemnizado, salvo el caso del despido nulo, en el que sí es procedente la reposición al trabajo.

Mas Lozada en su tesis de maestría menciona que, con la protección (actual) contra el despido arbitrario, al trabajador solamente se le brinda la posibilidad de indemnizarlo, salvo el caso del despido nulo y el fraudulento, en los que sí es procedente la reposición en el trabajo.

En tal sentido, si operase un despido arbitrario luego de superado el periodo de prueba, lo que corresponderá será el pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media por cada mes y días laborados en el caso de un contrato de plazo indeterminado y de una remuneración y media por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, al tratarse de un contrato de plazo fijo.

En cambio, si se operase los llamados despidos inconstitucionales (nulo, incausado y fraudulento, acorde con la nueva tipología de despido del TC), lo que deberá imponerse será la reposición, si así lo pretende el trabajador afectado (Lozada, 2018, p. 42-43).

4. Jurisprudencia:

El Tribunal Constitucional (Supremo interprete del Estado), ha llegado a las siguientes conclusiones dentro del derecho laboral:

4.1. Vía válida para el tratamiento de temas laborales:

Expediente N° 0206-2005-PA/TC

Fundamento N° 6: “Consecuentemente, sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate”.

4.2. Al Trabajador de Confianza no le corresponde la reposición en su puesto de trabajo sino solamente la indemnización:

Las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 746-2003-AA/TC y N° 4492-2004-AA/TC, fueron las primeras sentencias emitidas en relación a la estabilidad de los Trabajadores de Confianza, en estas sentencias el Tribunal Constitucional denota el criterio adoptado señalando que al trabajador de confianza despedido sin expresión de causa o por el retiro de la confianza no le corresponde la reposición sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente, lo que significa que nada impide al trabajador de confianza que reclame su derecho a una indemnización por despido arbitrario como cualquier otro trabajador. Como se ha señalado en las sentencias N° 746-2003-AA/TC y N° 4492-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional elaboró los fundamentos que contenían el criterio, y que sirvió de base para otras sentencias que fueron emitidas posteriormente.

Expediente N° 746-2003-AA/TC

Fundamento N° 3: “En ese sentido, en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria, resultando inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con

una estación adecuada para la actuación de los mismos, no siendo el amparo, por su carácter esencialmente sumarísimo y carente de estación de pruebas, la vía de dilucidación de lo que se solicita, sino la vía del proceso laboral, a la que en todo caso aún tiene derecho la actora, razón por la que se deja a salvo su derecho para hacerlo valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda”.

Expediente N° 4492-2004-AA/TC

Fundamento N° 2: “En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N° 0746-2003-AA/TC, a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente”.

4.3. El retiro de confianza es causa de despido, solamente si el trabajador fue promovido de un cargo de no confianza (común) podía ser repuesto en el cargo previo:

El Tribunal Constitucional desarrolla esta posición considerando que en el despido de los Trabajadores de Confianza debe tenerse en cuenta dos situaciones a efecto de determinar las consecuencias de la impugnación de despido, para lo cual señala que si el Trabajador de Confianza fue contratado directamente para este puesto y luego se le retira la confianza, ésta es una causal de despido, sin embargo, cuando el Trabajador de Confianza fue promovido a este puesto desde otro puesto dentro de la organización, al retirársele la confianza debe retornar a su puesto anterior, por ello el colegiado a través de la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC y Sentencia N° 3926-2007-PA/TC, desarrolla más ampliamente su posición.

4.3.1. Análisis de la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC

a) Antecedentes:

En fecha 22 de setiembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco Central de Reserva del Perú, solicitando se le reponga en el cargo de Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, pues indica que fue despedido de manera injustificada, imputándosele hechos falsos, como el ser responsable de participar en la irregular adquisición de software, cuando él no participó en dicha operación, habiéndose invocado como causal de despido el

“retiro de confianza”, la cual no está prevista como tal en la legislación laboral. Asimismo, el emplazado contestó la demanda argumentando que la grave irregularidad laboral cometida por el demandante consiste en no haber intervenido en el proceso de adquisición de las licencias del software Lotus Domino, pese a que era su obligación coordinar, registrar y analizar los requerimientos de programas de cómputo e intervenir en la evaluación técnica de dicho proceso, lo que determinó la pérdida de la confianza, y como consecuencia de ello, el término de la relación laboral.

En fecha 09 de febrero de 2005, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declaró infundada la demanda en todos sus extremos, por considerar que el demandante era un trabajador de confianza, que no tenía estabilidad laboral y que, por tanto, no hubo despido sino que el vínculo laboral terminó por el retiro de la confianza, no existiendo ninguna afectación a sus derechos constitucionales. Dicha Sentencia fue confirmada en segunda instancia por similares argumentos.

b) Fundamentos Principales:

Fundamento N° 2, cita la normativa constitucional referida a la contratación, derecho al trabajo, así como a la protección frente al despido arbitrario, establecidos en el artículo 2°, incisos 14 y 15, y el artículo 27° de la Constitución Política del Perú.

Fundamento N° 3, haciendo referencia a la Sentencia N° 0206-2005-AA-TC, señala que todo trabajador común tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tiene estabilidad en su trabajo y no puede ser despedido arbitrariamente. Así el Tribunal señala “(...) *que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.*”

Fundamento N° 4, indica que el artículo 40° de la Constitución hace referencia a los trabajadores de confianza del sector público mas no a los del sector privado,

señalando que para ser servidor público se ingresa por concurso público, mientras que para acceder a un cargo de confianza basta que sea designado por el jefe del área, y que se requiera una persona de “confianza” en una institución.

4.4. La designación en un cargo de confianza es temporal, no hay estabilidad laboral:

Sentencia N° 1042-2007-PA/TC

Antecedentes:

Con fecha 13 de octubre de 2006, el señor Ordilón Bernabé Janampa Janampa interpuso demanda de amparo contra el Proyecto Especial Río Cachi, solicitando que se le reincorpore al cargo que venía desempeñando en el área de Subgerencia de Operaciones y Mantenimiento, puesto que ocupaba antes de ser designado como Gerente General de dicho proyecto; indicando que se le retiró la confianza el 15 de setiembre de 2006 mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 505GRA/PRES, por lo que señala haber sido despedido arbitrariamente, ya que se habría convertido su vínculo laboral en una relación de plazo indeterminado.

El Juzgado de Derecho Constitucional de Huamanga, con fecha 18 de octubre de 2006, declaró improcedente la demanda por considerar que la dilucidación de la controversia requería de la actuación de pruebas, por lo que el proceso de amparo no era la vía idónea. La recurrida confirmó la apelada, por el mismo fundamento.

b) Fundamentos Principales:

Fundamento N° 1: *“En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativos a materia laboral individual privada, establecidos en los Fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, procede efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por el recurrente.”*

Fundamento N° 2: hace referencia a las formalidades para la designación de un trabajador de confianza, conforme a lo dispuesto en el artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, señalando además que sin embargo, de acuerdo al artículo 60° del citado reglamento, *“la calificación de los puestos de confianza es una formalidad que debe observar el*

empleador; sin embargo, su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita, debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto”.

Fundamento N° 3: que *“La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral”*, asimismo, refiriéndose al caso concreto, señala que el recurrente tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado era de confianza; en consecuencia, no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la referida designación, por lo cual la demanda carece de sustento.

4.5. La Imposibilidad de reponer a trabajador despedido por pérdida de confianza:

El Tribunal Constitucional desarrolla esta posición en la Sentencia N° 1581-2008-PA/TC, en la cual señala que el retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores el trabajador haya ejercido un cargo de confianza, pues en caso haya realizado labores comunes u ordinarias y luego haya sido promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, esto con el fin que no se produzca un abuso del derecho, salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley, con lo cual sería imposible reponer las cosas al estado anterior a la violación.

Sentencia N° 1581-2008-PA/TC

a) Antecedentes:

En fecha 16 de marzo de 2007, el señor Francisco Germán López Fabián interpuso demanda de amparo contra Electro Oriente S. A. solicitando que se deje sin efecto el despido de que ha sido objeto, que se declare inaplicable el contenido de la Carta N.º G-109-2007, del 31 de enero de 2007, y que por consiguiente se lo reponga en su cargo de Jefe de Recursos Humanos de la emplazada o en otro cargo de igual o similar nivel, señalando que ingresó a laborar en la empresa demandada el 1 de julio de 1982, como Jefe de Presupuesto y ocupando diversos cargos hasta el 16 de febrero de 2007, por lo que es un trabajador estable y de carrera; que sin embargo ha sido víctima de despido

incausado, aduciéndose un retiro de confianza; y que se ha vulnerado su derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

b) Fundamentos Principales:

Fundamento N° 4: Que *“la controversia se centra en determinar si el demandante ha sido objeto de despido arbitrario o si el retiro de la confianza ha extinguido debidamente su relación laboral con la empresa emplazada”*.

Fundamento N° 7: Refiriéndose al criterio adoptado respecto de las consecuencias del despido de un trabajador de confianza por pérdida de la confianza, hace mención a lo resuelto en la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC en la cual precisó que: *“El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores éste trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda a que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley”*.

Fundamentos N° 8 y 9: Concluye que si bien al demandante se le asignaron diversos cargos de confianza, inicialmente realizó labores comunes u ordinarias en la entidad emplazada, por lo que sólo correspondía el despido del demandante por causa justa, conforme lo establece la ley, sin embargo, en el caso de autos el recurrente fue despedido sin expresión de causa, en tal sentido se debe estimar la demanda, debiéndose disponer la reincorporación del demandante en el cargo que ocupaba antes de que se le asigne el primer cargo de confianza; sin embargo, reponer las cosas al estado anterior a la violación es imposible, puesto que como refiere el propio demandante en su escrito de fecha 14 de julio de 2009, después de haber sido repuesto en su cargo gracias a la medida cautelar que se dictó en este proceso, la emplazada mediante Carta Notarial N.º G-186-2008 del 15 de febrero de 2008 lo despidió nuevamente, invocando esta vez, la comisión de falta grave prevista en la ley, al imputarle que habría *“suministrado información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja”*, siendo que este despido está relacionado con hechos distintos a los que dieron origen al presente proceso de amparo, y que habrían

acaecido cuando laboraba para la emplazada como consecuencia de la mencionada medida cautelar.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en su Fundamento N° 10 se pronuncia sobre la situación del recurrente, en atención al despido inicial por pérdida de la confianza y su posterior despido por falta grave, luego de haber sido repuesto mediante una medida cautelar, señalando que: “Por tanto se evidencia que la situación actual del recurrente, esto es la separación de la empresa demandada, no proviene del acto lesivo denunciado en la presente demanda, sino de un acto posterior, lo que no puede ser objeto de pronunciamiento en esta sentencia, puesto que, obviamente, no es materia de la controversia que plantea la pretensión de la demanda de autos”.

5. Análisis del expediente:

5.1. Demanda:

5.1.1. Petitorio:

a) Pretensión principal:

Se declare la nulidad e ineficacia total de la arbitraria e ilegal Resolución ficta de la Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, generada por su omisión de no haber emitido pronunciamiento expreso dentro del plazo de ley respecto al recurso de apelación que interpone contra la ilegal y abusiva disposición contenida en la “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, por la se concluyó la relación laboral que unía al demandante Julio Cesar Romero Cadillo desde el 03/01/11 con la entidad Municipal bajo el falaz argumento que el contrato del demandante había fenecido el 31/12/14; y en consecuencia se disponga su reincorporación a sus labores como servidor de dicha Municipalidad en el cargo de JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS, sujeto al régimen del Decreto Legislativo N° 276.

b) Acumulación objetiva y originaria de pretensiones accesorias:

Demandando: La nulidad e ineficacia total de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPC/A de fecha 03/02/15, por la cual se ha declarado improcedente la pretensión del demandante Julio Cesar Romero Cadillo de reconocimiento como trabajador de naturaleza permanente; y en consecuencia se reconozca su condición como trabajador de la Municipalidad Provincial de Carhuaz contratado en el cargo de naturaleza permanente desde el 03/01/11, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Con este proceso contenciosos administrativo impugno el silencio administrativo negativo en el que ha incurrido la demandada, inercia con la que ha avalado el acto administrativo arbitrario e ilegal contenido en la “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, la misma que es nula porque carece de los requisitos de validez de los actos administrativos previstos por los numerales 4y 5 del artículo 3° de la ley 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, y se encuentra incurso en causal de nulidad del acto administrativo, regulado por

los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley 27444; pues con ella demandada de forma deliberada, abusiva e ilegal a afectado los derechos legítimos y constitucionales del demandante, como la igualdad ante la ley, la estabilidad del empleo, la igualdad laboral sin discriminación, derecho de defensa de un debido proceso administrativo y ser despedido solo por causa justificada, previstos en los numerales 2), 15) y 23) del artículo 2° artículo 23°, 26° y 27° de la Constitución Política del Estado, así también ha trasgredido lo dispuesto en el inc. 03 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado peruano, y lo prescrito por el artículo 1° de la Ley N° 24041, generando grave perjuicio moral, económico y laboral al demandante

5.1.2. Fundamentos de hecho de la demanda:

Primero. El 05/01/15 se materializó el despido arbitrario del demandante, pues la demandada privo de continuar laborando en el cargo de naturaleza permanente que venía desempeñando a dicha fecha, como **JEFE DE EQUIPO MECANICO Y EXTRACCIÓN DE ÁLVEOS**, pues la demandada a través del área de recursos humanos le curso la “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, con la que se concluía la relación laboral que lo unía con la Municipalidad Provincial de Carhuaz, desde el 03/01/11, bajo el falso argumento que su contrato había fenecido el 31/12/14, asimismo la Municipalidad Provincial de Carhuaz **RETIRÓ** su tarjeta de control de asistencia e impidió registrar su ingreso a su centro de trabajo.

Segundo. El 09/01/15 se interpuso recurso de apelación contra “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, a fin de que el despacho de alcaldía en su condición de máxima autoridad administrativa y de conformidad con lo regulado por el artículo 6° y 50° de la ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, meritara la impugnación y resolviera dejar sin efecto la conclusión de su relación laboral, recurso signado como Expediente Administrativo N° 131-2014

Tercero. El 24/02/15 con Expediente Administrativo N° 133-2015 deje constancia del agotamiento de la vía administrativa en aplicación del silencio administrativo positivo regulado por el artículo 34° inc. a), Artículo 35°, artículo 142°, artículo 215, artículo 218 numeral 2 inciso a de la ley 27444 – Ley de Procedimiento

Administrativo General, dado que la alcaldía constituye la máxima autoridad administrativa de una Municipalidad, y el plazo máximo de 30 días para el indicado procedimiento administrativo había transcurrido, sin que la administración resolviera la pretensión impugnatoria.

AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA RESPECTO A LA PRETENSIÓN ACCESORIA

Cuarto. El 03/11/14, solicito a su empleadora la Municipalidad Provincial de Carhuaz, mediante expediente Administrativo N° 6047-2014, se remita resolución de alcaldía que reconozca al demandante como trabajador contratado en labor de naturaleza permanente desde el 03/01/11, pues le asistía el derecho haber sobrepasado en exceso el plazo previsto por el artículo 1° de la Ley N° 24041, en su condición de servidor de dicha comuna desempeñando labor como **JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS**, ya que ante la proximidad de cambio de las nuevas autoridades municipales resultaba por demás urgente para que su persona pueda contar con dicho reconocimiento que constituía un medio idóneo para la protección y tutela efectiva del derecho del demandado al trabajo y la estabilidad en el empleo ante la posibilidad de ser afectado con el despido arbitrario.

Séptimo. 19/12/14 con el Expediente Administrativo N° 6767-2014, el demandado dejó constancia del **AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA**, en aplicación del Silencio Administrativo Negativo, regulado por el artículo 34° inciso a), artículo 35°, artículo 142°, artículo 215° y el artículo 218° de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, dado que el despacho de alcaldía es la máxima autoridad administrativa de una municipalidad y el plazo máximo de 30 días hábiles para indicado procedimiento administrativo había transcurrido sin que la administración emita pronunciamiento alguno respecto a la mencionada pretensión.

Octavo. Sin embargo, con fecha 10 de febrero 2015, la demandada le notifica con **LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 045-2015-MPCHZ/ALC**, por la que se declara improcedente su pretensión de reconocimiento como trabajador de naturaleza permanente dejando a salvo su derecho de accionar en la vía judicial correspondiente

quedando así agotada la vía administrativa.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y ACCESORIA

Noveno. El demandado mantiene vínculo laboral con la Municipalidad Provincial de Carhuaz, desde el 3 de enero de 2011, a mérito del contrato de prestación de servicios en la modalidad de **locación de servicios N° 018-2011/MPC**, por la cual fue contratado, por espacio de dos meses en el cargo de JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS y luego en virtud de contrato Administrativo de servicio N° **018-2011-MPC/GAFYT/A.RR.HH**, prosiguiendo con su vínculo laboral, ahora en dicha unidad Orgánica dependiente una vez de la Gerencia de Infraestructura Urbana y Rural y otras de la Gerencia Municipal y que constituyen cargo de naturaleza permanente en el que ha permanecido durante 4 años y 2 días en forma ininterrumpida, sujeto a un estricto horario de trabajo de 8 horas diarias de lunes a viernes e, incluso los domingos y feriados, por la especial naturaleza de la labor de administración y control de los equipos mecánicos de propiedad de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, bajo subordinación y a cambio de una remuneración mensual

Décimo. Las referidas modalidades contractuales, constituían una simple apariencia, ya que en virtud del principio de primacía de la realidad cubrían una verdadera relación laboral tanto es así que desde el mes de octubre 2014, ha venido laborando sin contrato escrito incluido en planilla de contratados bajo el régimen de decreto legislativo N° 276, lo que en la vía de los hechos implica la existencia de un contrato de trabajo en modalidad de servicios personales a plazo indeterminado razón por la cual corresponde declararse su invalidez conforme ha quedado establecido en el Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, pues en realidad su persona cumplía labores de naturaleza permanente, como bien se acredita con los contratos de trabajo y diversos documentos de administración interna de la demandada, en los que se impone a su persona el cumplimiento de determinadas obligaciones y acciones administrativas bajo responsabilidad, mediante la cual, se da cuenta de las acciones administrativas a cargo de normas internas de la entidad municipal, se le ordena la observancia y cumplimiento de comisiones por mandato de sus superiores documentos que

evidencian su función subordinada ejecutada de manera personal y sobre todo remunerada y que constituyen acciones administrativas típicas de una relación laboral.

Décimo primero. Cómo le consta a la demandada, desde el primer día, los servicios se prestaron bajo el marco de la relación laboral típica por la presencia los tres elementos configurativos de la misma: **i) prestación personal: ii) pago de remuneraciones y subordinación**, pues de las planillas y comprobantes de pagos efectuados a lo largo de los años en las que ha prestado servicios, puede apreciarse que le pagaban por mes efectivamente laborado, y no por los días que falsamente se ha consignado en los contratos, por lo que, su persona se encontraba y se encuentran amparado por lo previsto en el artículo 1° de la Ley 24041, en virtud del cual, no podría ser cesados ni destituidos y no sólo por las causales previstas en el capítulo 5 del Decreto Legislativo N° 276 - Ley de la Carrera Administrativa y de remuneraciones del sector público y con sujeción a su procedimiento establecido en el.

Décimo Segundo. La demandada siempre se ha burlado de la normatividad legal vigente, respecto a su condición laboral, puesto que su labor implicaba cumplir un servicio propio e inherente a las competencias de una Municipalidad, cómo lo que se brinda a través de la división de equipo mecánico y extracción de álveos, unidad orgánica con funciones previstas en el Reglamento de Organización y Funciones vigente de la Municipalidad Provincial de Carhuaz – ROF 2012 - aprobado por la Ordenanza Municipal N° 033-2012.MP/Chz, del 11 de junio de 2012, por lo que dichas labores bajo ningún argumento fáctico legal podían efectuarse bajo la modalidad contractual de locación de servicios, sino únicamente y exclusivamente a través de un contrato de servicios personales pero a pesar de enmascarar sus servicios bajo una forma contractual civil y administrativa, en aplicación del principio de primacía de la realidad que inspira y sustenta el derecho laboral peruano existió una RELACIÓN LABORAL.

Décimo tercero: El 5 de enero 2015, en la forma más arbitraria el demandado ha sido privado de continuar trabajando, pues el jefe del área de personal le hizo entrega de la “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, con la que,

se da por concluida la relación laboral que lo unía con la Municipalidad Provincial de Carhuaz, bajo el falso ilegal argumento de que su contrato había fenecido el 31 de diciembre de 2014, es así que ha sido impedido a ingresar a su centro de labores para seguir cumpliendo con su función de servicio a la comunidad, cargo así como lo acredita con la citada carta y la constatación policial de despido arbitrario efectuado el 5 enero 2015; decisión que definitivamente no ha tenido en cuenta su persona y ya que ha venido prestando labor de naturaleza permanente sujeto al régimen del Decreto Legislativo N° 276 y que se encontraba legalmente amparada por los alcances de la ley 24041.

Décimo cuarto: Con fecha 9 de enero del 2015 el demandado interpuso recurso de apelación contra “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, a efecto de que, el despacho de alcaldía en su condición de máxima autoridad administrativa meritara sus fundamentos impugnatorios y deje sin efecto la conclusión de su relación laboral, lamentablemente la demandada a más de la agravante situación de su despido, no se ha dignado atender su recurso impugnatorio trasgrediendo con ellos, su derecho al debido proceso derecho al principio constitucional consagrado en el artículo 139° inciso 3 de la Constitución Política del Estado, aplicable en sede administrativa, como también a su derecho de petición previsto por el artículo 2° inciso 20 de la Constitución, los que se implican su derecho a merecer una respuesta escrita y motivada dentro del plazo de ley por parte de la Administración Pública, razón por la cual, el 24 de febrero 2015 dejó constancia ante el empleador del agotamiento de la vía administrativa en aplicación del Silencio administrativo negativo.

Décimo quinto: Es así que en su despido materializado con la citada la “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15” y ratificado en la ilegal omisión de parte de su empleador al no haber resuelto su mencionado recurso de apelación, es NULO porque carece de los requisitos de motivación y procedimiento regular, condiciones de validez del acto administrativo, previstos por los numerales 4 y 5 del artículo 3° de la Ley 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, además que contiene vicio que genera nulidad del acto administrativo, esto es que, se ha emitido contraviniendo la Constitución Política, la ley N° 24041 y con omisión de los precitados requisitos de validez, conforme lo establecen los

numerales 1 y 2 del artículo 10° de la citada Ley N° 27444 y, en efecto la demandada en forma deliberada abusiva ilegal ha despedido al demandado con flagrante transmisión de sus legítimos y constitucionales como: i) derechos de igualdad ante la ley, ii) la estabilidad en el empleo, iii) la igualdad laboral sin discriminación, iv) el derecho de defensa dentro un debido proceso administrativo y, v) a ser despedido sólo por causa justificada previsto en los numerales 2), 15) y 23) del artículo 2° de la respectiva Constitución Política del Estado Peruano, así como también, ha trascendido lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado y lo prescrito por el artículo 1° de la ley 24041, ocasionándole al demandado un grave perjuicio moral económico y laboral.

Décimo seis: Precisamente, en razón de que, le asiste el derecho a gozar de estabilidad laboral, el 3 de noviembre 2014, mediante el expediente administrativo 6046-2014, el demandante solicitó al despacho de alcaldía que mediante acto administrativo se le reconozca como trabajador contratado en labor de naturaleza permanente, JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS, dependiente unas veces de la gerencia de infraestructura urbana y rural y otras de la gerencia municipal de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, desde el 03 de enero 2011, petición que incluso contaba con informe favorable del área de recursos humanos como se advierte el informe número 212-2014-MPC/GAFYT/A.RR.HH-J, de fecha 07/11/14, sin embargo no mereció pronunciamiento alguno de parte de la Administración Municipal dentro del plazo de ley.

5.1.3. Fundamentos de derecho de la demanda:

Los fundamentos jurídicos que propone el demandante son:

- a) Texto Único Ordenado de la Ley N° 2758 – LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – Aprobado por Decreto Supremo N° 013-2108-JUS
- b) Constitución Política del Estado
Art 2°, numerales 2), 15) y 23); artículo 22), 23), 26 inc. 1 y artículo 27° que las cuales han conculcado el despido de forma ilegal, arbitraria y abusiva.
- c) Código Civil

Art. II del TP, que regula el ejercicio abusivo del derecho
Art. VI del TP, sobre el interés para obrar.

d) Código Procesal Civil

Art. I del TP: el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva.

Art. VII del TP: el deber del Juez de aplicar el derecho que corresponde al proceso, aunque no haya sido invocado.

e) LEY N° 27972 – LEY ORGANICA DE MUNICIPALIDADES

f) DECRETO LEGISLATIVO 276° - LEY DE LA BASE DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Capítulo V.

g) DECRETO SUPREMO N° 040-2014-PCM-REGLAMENTO DE LA LEY DEL SERVICIO CIVIL

Título VI, que regula el régimen disciplinario y procedimiento sancionador, al que no han sometido a la demanda.

h) LEY N° 24041

La que establece que los trabajadores estatales que desempeñen labores de naturaleza permanente por más de un año de servicios ininterrumpidos, solo pueden ser cesados o destituidos por las causales del capítulo V de la ley 276.

i) LEY N° 27444 – LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

j) II PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL

5.1.4. Medios probatorios:

En calidad de medios probatorios, el demandante presenta los siguientes:

a) CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15.

b) Copia certificada de constatación de despido arbitrario de fecha 05/01/15.

c) Cargo de presentación del recurso de apelación de fecha 09/01/15.

d) Contrato de locación de servicios N° 018-2011/MPC.

e) Contrato Administrativo de servicio N° 018-2011-MPC/GAFYT/A.RR.HH.

f) Boleta de pago de remuneración correspondiente a los meses de octubre,

noviembre y diciembre del 2014.

g) Documentos de la administración interna de la demanda.

h) Cargo de presentación de su recurso de fecha 03/11/14.

j) La resolución de alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15.

k) Expedientes administrativos.

l) Planillas u hojas de pago de remuneraciones efectuadas a la persona del demandado por la Municipalidad Provincial de Carhuaz.

m) Hoja, cuaderno y tarjetas de control de asistencia efectuada por el demandante.

5.1.5. Vía procedimental:

Corresponde al trámite del presente proceso al Proceso Contencioso Administrativo.

5.1.6. Monto del petitorio:

Debido a la naturaleza de la pretensión, su monto es inapreciable en dinero

5.1.7. Ampliación de la demanda:

Cómo es de verificarse de autos el 1 de abril de 2015 el demandante interpuso la presente demanda contencioso administrativo a fin de que se aclare la nulidad e ineficacia total de la arbitraria e ilegal resolución ficta de alcaldía de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, generada por su omisión de no haber emitido pronunciamiento expreso, dentro del plazo de ley respecto al recurso de apelación que interpuso contra la ilegal y abusiva disposición contenida en la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, por la que se concluyó la relación laboral que unía al demandado desde el 03 de enero del 2011 con la identidad Municipal.

Es el caso que el 07 de abril del 2015, luego de que interpuso su demanda que ha dado lugar al presente proceso, la demandada le han notificado con la resolución de alcaldía N° 103-2015-MPC/A, por la que se ha resuelto declarar improcedente el recurso de apelación.

El artículo 18° del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, aprobado por Decreto Supremo 013-2008-JUS, faculta al demandante a modificar la demanda antes de que sea notificada en tanto que el artículo 19° numeral 3 del citado TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo dispone que, cuando se trate del Silencio Administrativo Negativo, carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la administración una vez que fue notificada con la demanda, pero si el acto expreso se puede usar antes de dicha notificación el órgano jurisdiccional podrá a solicitud del actor incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso.

En el presente caso habiendo declarado la demandada improcedente la apelación del demandante, por acto expreso posterior a la presentación de la demanda, se acogió al presupuesto de requerir la incorporación de esta nueva pretensión impugnatoria, más aún cuando de conformidad con el artículo 50° de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, la vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde y cómo se puede verificar del contenido de la resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, esta ha sido emitida por el Alcalde la entidad demandada.

Por economía procesal y estando a que la citada Resolución de Alcaldía le deniega la pretensión del demandado de dejar sin efecto su despido arbitrario materializado con la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, el demandante sustenta su pretensión y amplía la demanda con los mismos fundamentos de hecho y de derecho expuestos en el primer escrito de demanda, por cuanto los fundamentos basados en la Resolución de Alcaldía cuya nulidad se solicita atenta gravemente contra normas constitucionales y legales en materia laboral así tenemos que si bien el Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y su reglamento el Decreto Supremo 005-90-PCM, establecen que el ingreso a la carrera pública se acentúa por concurso, no es menos cierto que resulta ilegal que la administración basada en estas normas permita que existan trabajadores que como en el caso del demandante permanezca en forma indefinida y contratados a plazo fijo por actos irregulares que ella misma propicia.

En este caso, los contratos a los que se sometió la demandada, se han

desnaturalizado y los trabajadores que se encuentran en esa situación, han adquirido estabilidad laboral y no pueden ser objeto de despidos u otras medidas que atenten contra el derecho al trabajo, por lo tanto, corresponde a la administración regular esta situación y asignar la plaza presupuestada que solicita y en lugar de invocar su propia negligencia para denegar un derecho adquirido debería admitir el trámite de su pretensión.

La resolución de alcaldía que se impugna, reconoce expresamente que en el artículo 38° del Decreto Supremo 005-90-PCM, faculta la contratación de personal sin el requisito de concurso público, sólo para funciones de carácter temporal o accidental, añade que dicha contratación se efectuará para el desempeño de labores de reemplazo de personal permanente, impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada, argumenta la demandada que ha violentado este dispositivo legal al permitir que se contrate bajo esta modalidad por más de tres años consecutivos en labores permanentes, por lo tanto, resulta absurdo que deniegue su petición invocando normas que la misma administración ha transgredido.

Del mismo modo para sustentar esta nueva pretensión impugnatoria, ofrece como medios probatorios los mismos que se ofrecieron en el primer escrito de demanda, pues con ellos se está probando que los argumentos vertidos por la demandada son falsos y sobre todo, transgreden sus legítimos y constitucionales derechos de igualdad ante la ley, la estabilidad en el empleo, la igualdad laboral sin discriminación, derecho de defensa dentro de un debido proceso administrativo y a ser despedido sólo por causa justificada previsto en los numerales 2), 15) y 23) del artículo 2°, artículo 22°, 23° y 26° inciso 1 y 27 respectivamente de la constitución política del Estado, así como también contraviene lo dispuesto en el inciso 3) del artículo 139° de la constitución política del Estado y lo prescrito en el artículo 1 de la Ley N° 24041.

5.1.8. Análisis de la demanda:

En el presente proceso civil el demandante Julio Cesar Romero Cadillo requiere al Juzgado Mixto de Carhuaz se declare la nulidad e ineficacia total de la arbitraria e ilegal Resolución ficta de la Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Carhuaz,

generada por su omisión de no haber emitido pronunciamiento expreso dentro del plazo de ley respecto al recurso de apelación que interpone contra la ilegal y abusiva disposición contenida en la “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, por la que se concluyó la relación laboral que unía al demandante Julio Cesar Romero Cadillo desde el 03/01/11 con la entidad Municipal bajo el falaz argumento que el contrato del demandante había fenecido el 31/12/14; y en consecuencia se disponga su reincorporación a sus labores como servidor de dicha Municipalidad en el cargo de JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS, sujeto al régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Demanda la nulidad e ineficacia total de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPC/A de fecha 03/02/15, por la cual se ha declarado improcedente la pretensión del demandante Julio Cesar Romero Cadillo de reconocimiento como trabajador de naturaleza permanente; y en consecuencia se reconozca su condición como trabajador de la Municipalidad Provincial de Carhuaz contratado en el cargo de naturaleza permanente desde el 03/01/11, bajo el régimen del D.L. N° 276.

Con este proceso contencioso administrativo impugnó el Silencio Administrativo Negativo en el que ha incurrido la demandada, inercia con la que ha avalado el acto administrativo arbitrario e ilegal contenido en la “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, la misma que es nula porque carece de los requisitos de validez de los actos administrativos previstos por los numerales 4 y 5 del artículo 3° de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, y se encuentra incurso en causal de nulidad del acto administrativo, regulado por los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley N° 27444; pues con ella la demandada de forma deliberada, abusiva e ilegal ha afectado los derechos legítimos y constitucionales del demandante, como la igualdad ante la ley, la estabilidad del empleo, la igualdad laboral sin discriminación, derecho de defensa de un debido proceso administrativo y ser despedido solo por causa justificada, previstos en los numerales 2), 15) y 23) del artículo 2° artículo 23° 26° y 27° de la Constitución Política del Estado, así también ha trasgredido lo dispuesto en el inc. 03 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado peruano, y lo prescrito por el artículo 1° de la Ley N° 24041, generando grave perjuicio moral, económico y laboral al demandante.

5.2. Calificación de la demanda:

Mediante resolución N° 01, el Juzgado Mixto de la Provincia de Carhuaz, califica la demanda y señala que se evidencia el interés y la legitimidad para obrar de la parte demandante, estando el principio de favorecimiento del proceso y observancia a lo dispuesto en el artículo 13° del Decreto Supremo 013-2018-JUS, se RESUELVE admitir a trámite la demanda interpuesta por Julio César Romero Cadillo contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, con situación del Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, sobre contencioso administrativo en la vía de Procedimiento Especial, confiriendo traslado a la parte demandada, por el plazo de 10 días, de conformidad con el artículo 28° inciso 2 del Decreto Supremo 013-2008-JUS, por ofrecido los medios probatorios que se proponen, reservándose su calificación para la etapa procesal correspondiente, finalmente se requiere a la entidad demandada para que en el plazo de 10 días remita al Juzgado el expediente administrativo que dio origen al inicio del presente proceso.

5.2.1. Análisis de la calificación de la demanda:

Es indudable que la finalidad de la calificación de la demanda es lograr un conocimiento lo más perfecto posible de los hechos sometidos a la decisión del juez. El tema de la posibilidad de la certeza versa acerca de la certeza objetiva realmente fundada. La plena actualización de nuestra mente por la verdad se da solo en el caso de la certeza, la cual consiste en la situación en que se halla el espíritu fundado en la evidencia objetiva.

En el presente proceso lo que el Juez busca es resolver conflictos de intereses, e instaurar la paz justa y cierta. Esta desvirtuación del Proceso Civil puede producir la deficiente evaluación de la demanda. En tales situaciones podemos observar que la justicia se ve disminuida, menguada y retaceada en su realización integral y plena, porque las normas procesales deben ser aplicadas e interpretadas por los jueces, de modo de favorecer y no entorpecer la organización del proceso.

Por ello el Juez del Juzgado Mixto de Carhuaz, mediante Resolución N° 01, califica la demanda y señala que se evidencia el interés y la legitimidad para obrar de la parte demandante, estando el principio de favorecimiento del proceso y observancia a lo dispuesto en el artículo 13° del Decreto Supremo 013-2018-JUS,

RESUELVE admitir a trámite la demanda interpuesta por Julio César Romero Cadillo contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, con situación del Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, sobre contencioso administrativo en la vía de procedimiento especial.

5.3. Contestación de la demanda:

5.3.1. Petitorio:

La Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, refiere que el petitorio de la acción del demandante tiene como pretensión la nulidad e ineficacia total de la arbitraria e ilegal Resolución ficta de Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Carhuaz y como consecuencia se disponga su reincorporación a sus labores como servidor de dicha Municipalidad en el cargo de JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS sujeto al régimen de Decreto Legislativo N° 276, como pretensión accesoria la nulidad e ineficacia total de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15 y se le reconozca como trabajador de la municipalidad provincial de Carhuaz, de naturaleza permanente desde el 3 de enero del 2011, bajo el régimen del decreto legislativo N° 276.

5.3.2. Fundamentos fácticos de la contestación de la demanda:

RESPECTO A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Es argumento de la demanda promovida por el señor Julio César Romero cadillo que a partir de 03 de enero del 2011, fue contratados bajo la modalidad de locación de servicios N° 018-2011/MPC y posteriormente, fue contratado bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios, con el cargo de guardia municipal, la misma que constituía cargo de naturaleza permanente en una labor diaria y constante, bajo los tres elementos del contrato de trabajo, por lo que, bajo el principio de la realidad, el derecho al haber sido despedido de manera ilegal debese reincorporado.

De los propios medios de prueba y anexos de la demanda, se ha establecido que

entre la Municipalidad Provincial de Carhuaz y el actor, con fecha 5 enero 2011 se ha celebrado contrato locación de servicios para la prestación de servicios a favor de la municipalidad como jefe de la división de servicios públicos habiendo sido afectado su pago al rubro fondo de compensación municipal, es decir, a fondos que corresponde al tesoro público.

Cómo se advierte sólo se presta servicios bajo la modalidad locador los meses de enero y febrero 2011 y el mes de marzo con los elementos del contrato de trabajo remuneración subordinación y prestación directa, fue contratado bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios (CAS), tal como fluye del Contrato Administrativo de Servicio N° 018-2011-MPC/GAFYT/A.RR.HH.

Conforme a lo expresado, por el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratos administrativos de servicios en su artículo 2° señala que: el ámbito de aplicación el régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. Asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada con excepción de las empresas del estado. De lo señalado, se infiere que los contratos administrativos de servicios no sólo son de aplicación para los que se encuentran bajo el régimen de la actividad pública, sino para los trabajadores de la actividad privada en el sector público, en tal sentido, el contrato administrativo y las adendas correspondientes se encuentran sujetas al marco legal normativo en esta materia.

Se debe tener en cuenta, lo previsto en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1057, y señala los requisitos para la celebración de los contratos CAS y establece los requisitos para su celebración siendo uno de ellos la existencia de la disponibilidad presupuestaria determinada por la oficina de presupuesto o quién haga sus veces, este contrato es a plazo determinado, en tal sentido no se puede pretender conservar un derecho a una plaza determinada por tiempo indeterminado, cuando la norma señala lo contrario, se advierte que los medios de prueba ofrecidos y adjuntados. Que el demandante, su contrato CAS estaba asignado con el N° 027-2011, en consecuencia estuvo en condición de contrato

CAS de marzo del 2011 a septiembre 2011, no pudiendo invocar la estabilidad laboral por este régimen laboral, además en este contexto debe tenerse en cuenta los criterios desarrollados por el tribunal constitucional en la sentencia emitidas en los expedientes 0002- 2010-PI/TC; Expediente N° 3818-2009-PA/TC; 3261-2013-PA/TC y el Expediente N° 1150 - 2013-PA/TC. La suscripción por parte el impugnante del contrato bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 1057 conllevan a la novación y sustitución de la relación que previamente mantenía los trabajadores bajo dicho régimen, sus respectivas entidades públicas empleadoras, siendo en consecuencia, de aplicación, las disposiciones de la referida norma al vínculo laboral existente, Asimismo en las sentencias emitidas en los expedientes N° 3818-2009-PA/TC, expediente N° 1735-2012-PA/TC y el expediente N° 3127-2012-PA/TC, dicho Tribunal Constitucional, también ha señalado que el régimen regulado por el Decreto Legislativo N° 1057, constituyen una relación laboral a plazo determinado que culmina al vencer el plazo de duración del contrato, lo cual constituye una forma de extinción de la relación conforme al literal h del numeral 13 del artículo 13° del reglamento aprobado por el Decreto Supremo 75-2008-PCM.

Así mismo, al haberse deslizado el argumento de que los contratos modales antes descritos constituían “*cargo en naturaleza permanente*” se hace un razonamiento que pueden ser sólo producto de la buena intención de demandante o es como el mismo expresa el numeral VIII - fundamentación jurídica de petitorio de la demanda (párrafo 8) ley 24041 que establece: Los trabajadores estatales que desempeñan labores de naturaleza permanente por más de un año de servicios ininterrumpidos sólo pueden ser despedidos es decir en los meses de enero y febrero que prestó sus servicios no ha probado que ese contrato sea de naturaleza permanente más aún cuando los presupuestos establecidos para tener naturaleza permanente difieren del aumento esgrimido en la acción.

Igualmente pretender alguna permanencia por haber logrado los meses de octubre a noviembre y diciembre el 2014, cae dicho argumento por lo señalado en el numeral anterior.

Finalmente debe tenerse en cuenta que no es posible su reconocimiento al derecho laboral porque de hacer la entidad incurriría en malversación de fondos por

mantener a un trabajador sin presupuesto o pagar con otra fuente financiamiento que correspondía a recursos ordinarios.

SOBRE LA NULIDAD DE LA COMUNICACIÓN DEL DESPIDO

Para que se invoquen la nulidad de un acto administrativo es necesario que se acrediten las causales de nulidad señaladas por el artículo 10 de la ley 27444, que regula el Procedimiento Administrativo en el Perú y el mandato contenga infracción legal en el presente no sea acreditado, ni probado las causales de nulidad de la carta N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15 y por lo indicado en los puntos anteriores dicha carta ha sido otorgada dentro del marco legal administrativo de la Ley de Modernización de la Gestión del Estado, no pudiendo la entidad mantener a alguien en una plaza determinada sin contar con el presupuesto correspondiente.

Con lo señalado se acredita la validez de la carta N° 002-2014-MPC- RRHH, de fecha 05/01/15, siendo así, no es posible la reincorporación que pretende el actor.

RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA, RECONOCIMIENTO COMO TRABAJADOR CONTRATADO ENCARGO DE NATURALEZA PERMANENTE

Por lo señalado en la absolución de la pretensión principal, hemos establecido que el demandante no tiene derecho a una permanencia sujeta al régimen del Decreto Legislativo N° 276 por lo que el juzgado debe desestimar esta pretensión.

El juzgado debe tener en cuenta, que el demandante cuenta con la Resolución 432-2011-MPC/A, de fecha 29 de diciembre de 2011, el mismo que contrata el demandante para labores de naturaleza permanente por servicios personales sujeto al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276, por lo que, resulta incomprensible la pretensión expuesta en dicho extremo.

Sobre el particular, si bien es cierto que existe en el archivo de la entidad mencionada Resolución de Alcaldía, también o es que ha sido denunciado; a decir de la jefatura de recursos humanos, este acto iniciativo se contrapone a la realidad, pues habría sido emitida recién el año 2014, para favorecer a trabajador y perjudicar a la entidad.

En conclusión, debe tenerse en cuenta por su trascendencia pública que el artículo 40° de la Constitución del Estado dispone que: La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos; el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 276 establece taxativamente: Son requisitos para ingreso a la carrera administrativa a) ser ciudadano peruano en ejercicio b) acreditar buena conducta y salud comprobada c) reunir los atributos propios de respectivo grupo ocupacional a presentarse d) presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión y los demás que señale la ley según lo dispuesto por el artículo 30° del Decreto Supremo 005-90-PCM, el concurso comprende: las fases de convocatoria y selección de personal, la fase de convocatoria comprende el requerimiento de personal formulado por los órganos correspondientes con la respectiva conformidad presupuestal la publicación del aviso de convocatoria, la divulgación de las bases del concurso, la verificación documentaria y la inscripción del postulante, la fase de selección comprende la calificación curricular, la prueba de actitud y de conocimiento, la entrevista personal, la publicación del cuadro de méritos y el nombramiento o contratación correspondiente.

De acuerdo, a los artículos 28° y 39° del Decreto Supremo se infiere que el ingreso a la administración pública, generalmente debe efectuarse por nombramiento y excepcionalmente por contratación para el desempeño de funciones de naturaleza permanente, (el mismo que sólo procede solo en caso de máxima necesidad debidamente fundamentada por la autoridad competente) y en ambos casos debe mediar concurso público, bajo sanción de nulidad. Sin embargo, el artículo 38° de la norma mencionada, establece una excepción a tal regla general al disponer que la entidad pueda contratar en forma directa sin mediar concurso público, en qué caso debe requerir personal para desempeñar funciones de naturaleza temporal o accidental, los que comprende en trabajos para obra o actividad determinada labores en proyectos de inversión y proyectos especiales, cualquiera sea su duración y labores de reemplazo de personal permanente, impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada, por otro lado enfatiza que los servicios prestados en dicha condición no generan derecho de ninguna clase para efectos de la carrera administrativa.

Igualmente debe advertirse que mediante informes 100-2015/GPP de fecha 27 marzo 2015, el accionante nunca ha ingresado al PAP de la entidad Edil, por lo que, en ese sentido son aplicables en el caso en concreto las siguientes normas:

La Directiva 001-82-INAP/DNP, directiva para la formulación del presupuesto analítico del personal en las entidades sector público, aprobada por la Resolución Jefatural N° 019-82-INAP/DIGESNAP de fecha 8 de febrero de 1982, en su numeral 5.1) de sus disposiciones generales, establece que los PAP, son documentos en las cuales se consideran el presupuesto para los servidores específicos de personal permanente y del eventual en función de la disponibilidad presupuestal y el cumplimiento de las metas de los subprogramas actividades y proyectos de cada programa presupuestario, previamente definido en la estructura programática, teniendo en cuenta los CAP y lo dispuesto por las normas de austeridad en vigencia. Asimismo, el numeral 7.2) de sus disposiciones especiales dispone que la provisión de plazas vacantes de empleados nombrados y de obreros permanentes mediante nombramiento ascenso reasignación o contrato a plazo indeterminado según el caso sólo podrá efectuarse cuando se cuente con el respectivo PAP aprobado.

La parte pertinente del artículo 4° del Decreto Supremo 043-2004-PCM, aprueban lineamientos para la elaboración y aprobación del cuadro para asignación del personal CAP de las entidades de la Administración Pública. Define al presupuesto analítico del personal como aquel documento de gestión que considera las plazas y el presupuesto para los servicios específicos del personal permanente y eventual en función de la disponibilidad presupuestal.

Por su parte, la Ley N° 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Público, que data del 8 diciembre 2004 en su Artículo 77 numeral 2 dispone que: El caso de gastos orientados a la contratación o nombramiento de personal cuando se cuente con autorización legal se debe certificar la existencia de la plaza correspondiente y el crédito presupuestario que garantice la disponibilidad de recursos desde la fecha del ingreso del trabajador, cuando se cuente con autorización legal se debe certificar la existencia de la plaza correspondiente y el crédito presupuestario que garantice la disponibilidad de recursos desde la fecha

de ingreso del trabajador a la entidad hasta el 31 de diciembre el año fiscal respectivo. Asimismo, en el numeral 2 de segunda disposición transitoria referido al presupuesto analítico de personal en la administración pública establece que: La cobertura de plazas bajo cualquier forma o modalidad contractual laboral prevista en el presupuesto analítico de personal – PAP, se autoriza previa opinión favorable de la oficina presupuestaria o la que haga sus veces y en su caso de la unidad ejecutora respectiva que garantiza la existencia de fondos públicos en el grupo genérico de gasto vinculado al concepto de personal y obligaciones sociales para el período que dure el contrato y la relación laboral las acciones que contravengan lo establecido en el presente numeral, deviene en nulas sin perjuicio de la responsabilidad del titular de la entidad. Así mismo, como el funcionario que aprobó tal acción el numeral 3 de la precitada disposición transitoria refiere que, la plaza presupuestada es el cargo contemplado en el cuadro para asignación de personal que cuente con el financiamiento debidamente previsto en el presupuesto institucional dentro del grupo genérico de gasto vinculado al concepto de personal y obligaciones sociales conforme al presupuesto analítico. La tercera disposición transitoria, inciso a) de la ley en comento dispone que la administración pública en materia gestión personal se tomará en cuenta que el ingreso de personal, sólo se efectúa cuando se cuenta con la plaza presupuestada, las acciones que contravengan el presente numeral serán nulas de pleno derecho, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario de la entidad que autorizó tales actos así como de su titular.

La Ley N° 28175 -Ley Marco de Empleo Público, que data del 18 febrero 2004 en el artículo 4° de su título preliminar prevé una serie de principios que rigen el empleo público dentro de los cuales se encuentra el principio de provisión presupuestaria, el mismo que inspira que todo acto relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado.

De tales disposiciones se concluye que el hecho de que el cuadro para asignación personal de una entidad considere determinados número de plazas, no implica que todas ellas sin excepción se encuentren en el presupuesto analítico de personal, para las acciones de gasto destinado a la contratación de personal, bajo cualquier forma o modalidad contractual laboral no basta que las plazas o

coberturas se encuentren citadas en el CAP y previstas en el PAP, sino también, resulta obligatorio que cuente con la opinión favorable de la oficina de presupuesto o la que haga sus veces y en su caso de la unidad ejecutora respectiva que garantice la existencia los fondos públicos en el grupo genérico de gastos vinculados al concepto de personal y obligaciones sociales y para considerar que el desempeño de un cargo es de naturaleza permanente se debe comprobar que dicho cargo cuente con las siguientes condiciones: que se encuentran previstas en el CAP y el PAP y la existencia de fondos públicos en el grupogenérico de gastos vinculados al concepto de personal y obligaciones sociales el PAP, para poder considerar presupuesto del eventual, en función de la disponibilidad presupuestal con que cuente la entidad, por lo tanto, no todas las plazas que se encuentran previstas en el PAP pueden ser consideradas con el carácter de permanente.

5.3.3. Fundamentos de derecho de la contestación de la demanda:

Los fundamentos jurídicos de los demandantes son:

- a) Constitución Política del Estado.
- b) El artículo 28°, 29° y 39° del Decreto Supremo 005-90-PCM, se infiere que el ingreso a la administración pública, el artículo 38° de la norma mencionada ut Supra, establece una excepción a la regla general al disponer que puede contratar en forma directa sin mediar concurso público en caso de requerir personal para desempeñar funciones de naturaleza temporal o accidental los que comprenden a) trabajos para obra o actividad determinada y b) labores en proyecto de inversión y proyectos especiales. Cualquiera sea su duración y labores de reemplazo de personal permanente impedido de prestar servicios, siempre y cuando de duración determinada, por otro lado, enfatiza que los servicios prestados en dicha condición no generan derecho de ninguna clase para efectos de la carrera administrativa.
- c) Directiva 001-82-INAP/DNP - Directivas para la Formulación del Presupuesto Analítico del Personal en las Entidades del Sector Público, aprobada por la Resolución Jefatural N° 019-8-INAP/DIGESNAP, de fecha 8 de febrero 1982, en el numeral 7.2 de sus disposiciones especiales dispone que la provisión de plazas vacantes de empleados nombrados y de obrero permanente mediante nombramiento, ascenso, reasignación o contrato a plazo indeterminado, según

el caso sólo, podrán efectuarse cuando se cuente con el respectivo PAP aprobado.

- d) Decreto Supremo 043-2004-PCM - Aprueban Lineamientos para la Elaboración y Aprobación del Cuadro para la Asignación de Personal – CAP de las entidades de la Administración Pública. Define al presupuesto analítico del personal, pero como aquel documento de gestión que consideran las plazas y el presupuesto para los servicios específicos del personal permanente y eventual en función de la disponibilidad presupuestal.
- e) Ley 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Público, que data del 8 de diciembre 2004, en su Artículo 77° dispone que el caso de gastos orientados a la contratación o nombramiento de personal.
- f) Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público, que data del 18 febrero 2004 en el artículo 4° del título preliminar, prevé principios que rigen el empleo público dentro de los cuales se encuentra el principio de previsión presupuestaria el mismo que inspira que todo acto o relativo al empleo público que tenga incidencia presupuestaria debe estar debidamente autorizado y presupuestado.
- g) Decreto Legislativo N° 955 - Descentralización Fiscal, en su Artículo 30° reglas de final de mandato expresó durante el último año de gestión se pruebe efectuar cualquier tipo de gasto corriente que implique compromiso de pago posterior a la finalización de la administración.
- h) Ley Orgánica de Municipalidades 27972, que regula la actividad municipal.
- i) Decreto Legislativo N° 1057, contrato administrativo de servicios.
- j) Ley de la Modernización de la Gestión Pública.

5.3.4. Medios probatorios:

Los demandados ofrecieron:

- a) Los medios probatorios, ofrecidos por los accionantes.
- b) Resolución de alcaldía N° 432-2011-MPC/A, de fecha 29/12/11.

5.3.5. Dictamen Fiscal:

ESCRITO DE DEMANDA

Fundamentos del pronunciamiento de fondo

En cuanto la finalidad del Proceso Contencioso Administrativo el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 008-1996-AI de fecha 23 de abril del 97, en el fundamento 37), ha resuelto, se puede recurrir al poder judicial mediante la acción contencioso administrativo, la que tiene por finalidad que esté revise la adecuación al sistema jurídico de decisiones administrativas que verse sobre derechos subjetivos de las personas constituyendo así una garantía de constitucionalidad y legalidad de la Administración pública, frente a los administrados, así lo establece el artículo 148° de la Constitución Política del Estado.

El proceso contencioso administrativo previsto, en la Constitución Política del Estado, a través del artículo 148° ha sido incorporado con el único propósito de que las decisiones actos administración pública que causen estado sean susceptibles de impugnación ante el poder judicial, cuando los mismos no están arreglados a derecho y causen perjuicio a los particulares, en este contexto la ley de procedimiento administrativo dentro de sus lineamientos no sólo resguarda la adecuada marcha del ente administrativo sino que además tutela y preserva los derechos e intereses de los administrados.

Del estudio y análisis del expediente, se colige que la cuestión controvertida en el presente proceso consiste en determinar si el contrato de locación de servicios y el contrato administrativo de servicios suscrito por el demandante con la demandada ha sido desnaturalizada convirtiéndose en uno de carácter permanente.

En ese sentido, de los documentos presentados como medios probatorios por la demandante, los mismos que no han sido cuestionados por el demandado y han sido admitidos como medios probatorios así como del expediente administrativo, se tiene que el demandante ha suscrito el contrato locación de servicios el 3 de enero 2011, hasta el 28 febrero del 2011, laborando como responsable del equipo mecánico y extracción de álveos, luego del 01 de marzo al 31 de diciembre 2011 laboró como JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS a mérito del Contrato de locación de servicios N° 018-2011/MPC, renovándose

dicha contratación mediante adendas que continuaron hasta el 30 de septiembre 2014, donde también se precisa que el demandante cumpla las funciones de jefe división del equipo mecánico y extracción de álveos. Asimismo, se aprecia boletas de pago del accionante que implica que estuvo vinculado e incluido en planilla de trabajadores de la Municipalidad Provincial de Carhuaz.

En ese sentido para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes en cubierta mediante un contrato civil, se debe evaluar si en los hechos se presentó en forma alternativa y no concurrente alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: Control sobre la prestación a la forma en que está se ejecuta, integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada, prestación ejecutada dentro de un horario determinado, prestación de cierta duración y continuidad suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio, pago de remuneración al demandante y reconocimiento de derechos laborales tales como: las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para el sistema de pensión y de salud.

De advertirse los rasgos indicados precedentemente, en el presente caso se estaría ante la aplicación del artículo 1° de la Ley N° 24041, que establece claramente los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente que tengan más de un año ininterrumpido de servicios no pueden ser cesados ni destituido sino por las causas previstas en el Capítulo V el Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en ley sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15° de la misma ley, correspondiente sólo analizar los elementos del año ininterrumpido en labores de naturaleza permanente. En tal sentido, de los documentos adjuntados presentados como medios probatorios por el demandante se tiene que el demandante y la demandada han tenido una relación de trabajo en cubierta por un contrato civil, por cuanto el ciudadano Julio César Cadillo Romero prestó sus servicios de manera personal a la demandada en su condición de jefe de división de equipo mecánico y extracción de álveos, de manera continuada por más de un año, percibiendo por dicha prestación personal de servicios una remuneración mensual, habiendo la entidad demandada ejercido facultad dirección y fiscalización sobre ella, conforme se acredita con los informes laborales memorándum oficios y otros del accionante que obra en la demanda,

con las cuales se acreditan que existía control sobre la prestación o la forma en que se ejecutaba condición necesaria para determinar la existencia de un contrato de trabajo, independientemente la denominación que se haya dado y de su sometimiento a las normas del Código Civil sobre la locación de servicios y el contrato administrativo de servicios, aunado a ello se tiene que el demandante cumplía un horario de oficina, por cuanto registraba su ingreso y salida, tal como se tiene de los elementos de prestación personal remuneración y subordinación de un contrato laboral, encontrándose la demanda dentro de supuesto previsto por el artículo 1° de la Ley N° 24041

La norma precitada, señala que: El servidor público no puede ser cesado ni destituido sino por causas justificadas, se ha logrado de manera permanente por más de un año sin interrupciones estos supuestos de aplicación al presente caso por cuanto en autos ha quedado demostrado que el demandante Julio César Romero Cadillo ha laborado por más de un año como trabajador de la demandada sin interrupción alguna, que desvirtúe la continuidad en un año laboral. Así mismo, ha quedado demostrado que el trabajador Julio César Romero Cadillo, ha desempeñado como JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS por 4 años consecutivos siendo este un cargo de naturaleza permanente, donde se ha mantenido de manera continua e ininterrumpida desde el 03 de enero 2011 al 31 diciembre 2014 hecho que evidencia que el cargo es de naturaleza permanente.

En ese sentido, al haber laborado el demandante para la demandada en forma personal, remunerado supervisado continúa por más de un año entre otros hacen concluir: la existencia de un contrato de trabajo por lo que corresponde aplicar el principio de primacía de la realidad, en virtud del cual debe preferencia la existencia de una relación de naturaleza laboral y no civil en caso de discordia entre lo que fluye de los documentos y lo que sucede en la realidad correspondiendo entonces estimar su pretensión, más aún si desde el mes de octubre 2014 a diciembre de 2014 el accionante tenía la condición de trabajador permanente, por cuanto estuvo incluida en planilla de remuneraciones, es decir había ganado un derecho por el transcurso del tiempo que la propia entidad demandada reconoció, siendo entonces arbitraria su decisión de quitarle su estatus

que había adquirido, amerito el principio de la primacía de la realidad, por cuanto sólo correspondía su derecho laboral reconocido constitucionalmente correspondiendo estimar su demanda.

En conclusión, la Fiscalía Provincial Civil y de Familia en concordancia con la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo modificado por la Ley N° 28531 y el artículo 96° inciso 22 del Decreto Legislativo N° 052 - Ley Orgánica Ministerio Público, es de la opinión que se declara FUNDADA la demanda contencioso administrativa interpuesta por Julio César Cadillo Romero contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz en todos sus extremos.

5.3.6. Análisis de la contestación de demanda:

Por su parte la Procuraduría Pública de la Municipalidad Provincial de Carhuaz argumenta que debe tenerse en cuenta por su trascendencia pública que el artículo 40° de la Constitución del Estado dispone que: La ley regula el ingreso a la carrera administrativa y los derechos y deberes y responsabilidades de los servidores públicos; el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 276 establece taxativamente: Son requisitos para ingreso a la carrera administrativa a) ser ciudadano peruano en ejercicio b) acreditar buena conducta y salud comprobada c) reunir los atributos propios de respectivo grupo ocupacional a presentarse d) presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión y los demás que señale la ley según lo dispuesto por el artículo 30° del Decreto Supremo 005-90-PCM, el concurso comprende: las fases de convocatoria y selección de personal, la fase de convocatoria comprende el requerimiento de personal formulado por los órganos correspondientes con la respectiva conformidad presupuestal la publicación del aviso de convocatoria, la divulgación de las bases del concurso, la verificación documentaria y la inscripción del postulante, la fase de selección comprende la calificación curricular, la prueba de actitud y de conocimiento, la entrevista personal, la publicación del cuadro de méritos y el nombramiento o contratación correspondiente.

De acuerdo, a los artículos 28° y 39° del Decreto Supremo se infiere que el ingreso a la administración pública, generalmente debe efectuarse por nombramiento y excepcionalmente por contratación para el desempeño de funciones de naturaleza

permanente, (el mismo que sólo procede solo en caso de máxima necesidad debidamente fundamentada por la autoridad competente) y en ambos casos debe mediar concurso público, bajo sanción de nulidad. Sin embargo, el artículo 38° de la norma mencionada, establece una excepción a tal regla general al disponer que la entidad pueda contratar en forma directa sin mediar concurso público, en qué caso debe requerir personal para desempeñar funciones de naturaleza temporal o accidental, los que comprende en trabajos para obra o actividad determinada labores en proyectos de inversión y proyectos especiales, cualquiera sea su duración y labores de reemplazo de personal permanente, impedido de prestar servicios, siempre y cuando sea de duración determinada, por otro lado enfatiza que los servicios prestados en dicha condición no generan derecho de ninguna clase para efectos de la carrera administrativa. Igualmente debe advertirse que mediante informes 100-2015/GPP de fecha 27 marzo 1015, el accionante nunca ha ingresado al PAP de la entidad Edil, por lo que, en ese sentido son aplicables en el caso en concreto las siguientes normas:

De tales disposiciones se concluye que el hecho de que el cuadro para asignación personal de una entidad considere determinados número de plazas, no implica que todas ellas sin excepción se encuentren en el presupuesto analítico de personal, para las acciones de gasto destinado a la contratación de personal, bajo cualquier forma o modalidad contractual laboral no basta que las plazas o coberturas se encuentren citadas en el CAP y previstas en el PAP, sino también, resulta obligatorio que cuente con la opinión favorable de la oficina de presupuesto o la que haga sus veces y en su caso de la unidad ejecutora respectiva que garantice la existencia los fondos públicos en el grupo genérico de gastos vinculados al concepto de personal y obligaciones sociales y para considerar que el desempeño de un cargo es de naturaleza permanente se debe comprobar que dicho cargo cuente con las siguientes condiciones: que se encuentran previstas en el CAP y el PAP y la existencia de fondos públicos en el grupo genérico de gastos vinculados al concepto de personal y obligaciones sociales el PAP, para poder considerar presupuesto del eventual, en función de la disponibilidad presupuestal con que cuente la entidad, por lo tanto, no todas las plazas que se encuentran previstas en el PAP pueden ser consideradas con el carácter de permanente.

5.4. Etapa decisoria:

5.4.1. Sentencia (Primera instancia):

Puesto en despacho, los seguidos por Julio César Romero Cadillo, la demanda vía contencioso administrativo contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, solicitando como pretensión principal se declara la nulidad de ineficacia total de la arbitraria e ilegal resolución ficta de alcaldía de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, generada por su omisión de no haber emitido pronunciamiento expreso dentro del plazo de ley respecto al recurso de apelación que se interpuso contra la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, por lo que, se concluyó la relación laboral que mantenía desde el 03 de enero 2011, con dicha Municipalidad, bajo el argumento que su contrato había fenecido el 31 de diciembre de 2014 y consecuentemente se disponga su reincorporación a sus labores como servidor de dicha institución en el cargo de JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS, sujeto al régimen del Decreto Legislativo N° 276, asimismo, pretende como función objetiva originaria y pretensiones accesorias la nulidad e ineficacia total de la Resolución de Alcaldía N°045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15, por lo que, se ha declarado improcedente su pretensión de reconocimiento como trabajador de naturaleza permanente. Por consiguiente, se reconozca su condición de trabajador de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, contratado en el cargo de naturaleza permanente desde el 03 de enero del 2011, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, posteriormente amplia y modifica su demanda mediante escrito de ampliación de demanda, incorporando como pretensión principal en la vía contencioso administrativo, la nulidad e ineficacia total de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, por adolecer de causales de nulidad previstos en el artículo 10° numeral 1 de la Ley N° 27444 y consiguientemente se disponga su reincorporación a sus servicios laborales como servidor de dicha municipalidad en el cargo de JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS, sujeta al régimen laboral del Decreto Legislativo N° 276.

DEMANDA

Julio César Romero Cadillo quién fórmula demanda vía contencioso administrativo contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, solicita como

pretensión principal se declara la nulidad e ineficacia total del arbitraria ilegal de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, esto de acuerdo a la modificación y ampliación del escrito de ampliación de demanda y como pretensión acumulativo objetiva originaria de pretensiones accesorias nulidad e ineficacia total de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15 y consecuentemente se reconozca su condición de trabajador de naturaleza permanente desde el 03 de enero de 2011.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA

Primero. El 05/01/15 se materializó el despido arbitrario del demandante, pues la demandada privo de continuar laborando en el cargo de naturaleza permanente que venía desempeñando a dicha fecha, como **JEFE DE EQUIPO MECANICO Y EXTRACCIÓN DE ÁLVEOS**, pues la demandada a través del área de recursos humanos le curso la “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, con la que se concluía la relación laboral que lo unía con la Municipalidad Provincial de Carhuaz, desde el 03/01/11, bajo el falso argumento que su contrato había fenecido el 31/12/14, asimismo la Municipalidad Provincial de Carhuaz **RETIRÓ** su tarjeta de control de asistencia e impidió registrar su ingreso a su centro de trabajo.

Segundo. El 09/01/15 se interpuso recurso de apelación contra “CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15”, a fin de que el despacho de Alcaldía en su condición de máxima autoridad administrativa y de conformidad con lo regulado por el artículo 6° y 50° de la Ley N° 27972 – Ley Orgánica de Municipalidades, meritara la impugnación y resolviera dejar sin efecto la conclusión de su relación laboral, recurso signado como Expediente Administrativo N° 131-2014.

Tercero. El 24/02/15 con Expediente Administrativo N° 133-2015 deje constancia del agotamiento de la vía administrativa en aplicación del silencio administrativo positivo regulado por el artículo 34° inc. a), Artículo 35°, artículo 142°, artículo 215, artículo 218 numeral 2 inciso a de la ley 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General, dado que la alcaldía constituye la máxima autoridad administrativa de una Municipalidad, y el plazo máximo de 30 días para el indica

procedimiento administrativo había transcurrido, sin que la administración resolviera la pretensión impugnatoria.

AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA RESPECTO A LA PRETENSIÓN ACCESORIA

Cuarto. El 03/11/14, solicito a su empleadora la Municipalidad Provincial de Carhuaz, mediante expediente administrativo N° 6047-2014, se remita Resolución de Alcaldía que reconozca al demandante como trabajador contratado en labor de naturaleza permanente desde el 03/01/11, pues le asistía el derecho haber sobrepasado en exceso el plazo previsto por el artículo 1° de la Ley N° 24041, en su condición de servidor de dicha comuna desempeñando labor como **JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS**, ya que ante la proximidad de cambio de las nuevas autoridades municipales resultaba por demás urgente para que su persona pueda contar con dicho reconocimiento que constituía un medio idóneo para la protección y tutela efectiva del derecho del demandado al trabajo y la estabilidad en el empleo ante la posibilidad de ser afectado con el despido arbitrario.

Séptimo. 19/12/14 con el expediente administrativo N° 6767-2014, el demandado dejó constancia del **AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA**, en aplicación del Silencio Administrativo Negativo, regulado por el artículo 34° inciso a), artículo 35°, artículo 142°, artículo 215° y el artículo 218° de la Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General, dado que el despacho de alcaldía es la máxima autoridad administrativa de una municipalidad y el plazo máximo de 30 días hábiles para indicado procedimiento administrativo había transcurrido sin que la administración emita pronunciamiento alguno respecto a la mencionada pretensión.

Octavo. Sin embargo, con fecha 10 de febrero 2015, la demandada le notifica con **LA RESOLUCIÓN DE ALCALDÍA N° 045-2015-MPCHZ/ALC**, por la que se declara improcedente su pretensión de reconocimiento como trabajador de naturaleza permanente dejando a salvo su derecho de accionar en la vía judicial correspondiente quedando así agotada la vía administrativa.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Es argumento de la demanda promovida por el señor Julio César Romero Cadillo que a partir de 03 de enero del 2011, fue contratado bajo la modalidad de locación de servicios N° 018-2011/MPC y posteriormente, fue contratado bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios, con el cargo de guardia municipal, la misma que constituía cargo de naturaleza permanente en una labor diaria y constante, bajo los tres elementos del contrato de trabajo, por lo que, bajo el principio de la realidad, el derecho al haber sido despedido de manera ilegal debe ser reincorporado.

De los propios medios de prueba y anexos de la demanda, se ha establecido que entre la Municipalidad Provincial de Carhuaz y el actor, con fecha 5 enero 2011 se ha celebrado contrato locación de servicios para la prestación de servicios a favor de la municipalidad como jefe de la división de servicios públicos habiéndose afectado su pago al rubro fondo de compensación municipal, es decir, a fondos que corresponde al tesoro público.

Cómo se advierte sólo se presta servicios bajo la modalidad locador los meses de enero y febrero 2011 y el mes de marzo con los elementos del contrato de trabajo remuneración subordinación y prestación directa, fue contratado bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios (CAS), tal como fluye del Contrato Administrativo de Servicio N° 018-2011-MPC/GAFYT/A.RR.HH.

Conforme a lo expresado, por el Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratos administrativos de servicios en su artículo 2° señala que: El ámbito de aplicación el régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. Asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada con excepción de las empresas del estado. De lo señalado, se infiere que los contratos administrativos de servicios no sólo son de aplicación para los que se encuentran bajo el régimen de la actividad pública, sino para los trabajadores de la actividad privada en el sector público, en tal sentido, el contrato administrativo y las adendas correspondientes se encuentran sujetas al marco legal normativo en esta materia.

Se debe tener en cuenta, lo previsto en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1057, y señala los requisitos para la celebración de los contratos CAS y establece los requisitos para su celebración siendo uno de ellos la existencia de la disponibilidad presupuestaria determinada por la oficina de presupuesto o quién haga sus veces, este contrato es a plazo determinado, en tal sentido no se puede pretender conservar un derecho a una plaza determinada por tiempo indeterminado, cuando la norma señala lo contrario, se advierte que los medios de prueba ofrecidos y adjuntados. Que el demandante, su contrato CAS estaba asignado con el N° 027-2011, en consecuencia estuvo en condición de contrato CAS de marzo del 2011 a septiembre 2011, no pudiendo invocar la estabilidad laboral por este régimen laboral, además en este contexto debe tenerse en cuenta los criterios desarrollados por el tribunal constitucional en la sentencia emitidas en los Expedientes N° 0002- 2010-PI/TC; Expediente N° 3818-2009-PA/TC; 3261-2013-PA/TC y el Expediente N° 1150-2013-PA/TC. La suscripción por parte el impugnante del contrato bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N° 1057 conllevan a la novación y sustitución de la relación que previamente mantenía los trabajadores bajo dicho régimen, sus respectivas entidades públicas empleadoras, siendo en consecuencia, de aplicación, las disposiciones de la referida norma al vínculo laboral existente, Asimismo en las sentencias emitidas en los Expedientes N° 3818-2009-PA/TC, expediente N° 1735-2012-PA/TC y el expediente N° 3127-2012-PA/TC, dicho Tribunal Constitucional, también ha señalado que el régimen regulado por el Decreto Legislativo N° 1057, constituyen una relación laboral a plazo determinado que culmina al vencer el plazo de duración del contrato, lo cual constituye una forma de extinción de la relación conforme al literal h del numeral 13 del artículo 13° del reglamento aprobado por el Decreto Supremo 75-2008-PCM.

Así mismo, al haberse deslizado el argumento de que los contratos modales antes descritos constituían “*cargo en naturaleza permanente*” se hace un razonamiento que pueden ser sólo producto de la buena intención de demandante o es como el mismo expresa el numeral VIII - fundamentación jurídica de petitorio de la demanda (párrafo 8) Ley N° 24041 que establece: Los trabajadores estatales que desempeñan labores de naturaleza permanente por más de un año de servicios ininterrumpidos sólo pueden ser despedidos es decir en los meses de enero y febrero que prestó sus servicios no ha probado que ese contrato sea de naturaleza permanente

más aún cuando los presupuestos establecidos para tener naturaleza permanente difieren del aumento esgrimido en la acción. Igualmente pretender alguna permanencia por haber logrado los meses de octubre, noviembre y diciembre el 2014, cae dicho argumento por lo señalado en el numeral anterior.

Finalmente debe tenerse en cuenta que no es posible su reconocimiento al derecho laboral porque de hacer la entidad incurriría en malversación de fondos por mantener a un trabajador sin presupuesto o pagar con otra fuente de financiamiento que correspondía a recursos ordinarios.

SOBRE LA NULIDAD DE LA COMUNICACIÓN DEL DESPIDO

Para que se invoquen la nulidad de un acto administrativo es necesario que se acrediten las causales de nulidad señaladas por el artículo 10 de la Ley N° 27444, que regula el Procedimiento Administrativo en el Perú y el mandato contenga infracción legal en el presente no sea acreditado, ni probado las causales de nulidad de la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15 y por lo indicado en los puntos anteriores dicha carta ha sido otorgada dentro del marco legal administrativo de la Ley de Modernización de la Gestión del Estado, no pudiendo la entidad mantener a alguien en una plaza determinada sin contar con el presupuesto correspondiente.

Con lo señalado se acredita la validez de la CARTA N° 002-2014-MPC- RRHH, de fecha 05/01/15, siendo así, no es posible la reincorporación que pretende el actor.

EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU REGULACIÓN

Primero: Para el análisis de la motivación de la sentencia, se debe tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional, la motivación de una decisión, no implica expresar norma legal, sino fundamentalmente en exponer las razones de hecho y sustento jurídicos que justifican la decisión tomada, en consecuencia, la debida motivación debe estar presente en toda resolución que se emita en un proceso que implica cualquier decisión que cuente con un razonamiento, que no sea aparente o defectuosos y no exponga de manera clara lógica y jurídica los fundamentos de hecho y derecho que justifiquen, de manera tal que los destinatarios, a partir de conocer las razones por las cuales se decidió, en un sentido o en otro, estén en la actitud de realizar

los actos necesarios para la defensa de sus derechos.

Segundo: El artículo 1° de Ley N° 27584, establece que la acción contencioso administrativo, prevista en el artículo 148° de la constitución política, tiene por finalidad el control jurídico por el poder judicial, de las actuaciones de la tutela efectiva de los Derechos e intereses de los administrados. Por ende, la demanda contencioso administrativa tiene por objeto se declara la invalidez e ineficacia de las resoluciones que son objeto de la pretensión, lo que permite al órgano judicial establecer no solamente que adolece de algún defecto formal y sustancial que sea causal de nulidad, sino también revocar la decisión administrativa cuando se niegue al administrador un derecho reconocido por la Constitución o la ley.

Tercero: El artículo 33° de la Ley N° 27584 - Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067, aprobado por el Decreto Supremo N° 13-2008-JUS, establece que, la carga de la prueba corresponde a quién alega hechos que sustentan su pretensión, sin perjuicio de lo anterior si la actuación administrativa impugnada establece una sanción la carga de probar los hechos que configuran infracción corresponde a la entidad administrativa.

Cuarto: En el presente caso, el demandado Julio César Romero Cadillo, solicita la nulidad e ineficacia total de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, nulidad e ineficacia total de Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15, de fecha 03 de febrero 2015, y consiguientemente se disponga su reincorporación a sus labores como servidor de dicha entidad como trabajador sujeto al régimen Decreto Legislativo N° 276.

Quinto: Acorde a la pretensión solicitada por el accionante detallada precedentemente la controversia se suscribe en dilucidar los puntos controvertidos fijados esto es:

Uno. Determinar si procede declarar la nulidad e ineficacia total de la arbitraria Resolución de Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Carhuaz generada por omisión de no haber emitido pronunciamiento expreso dentro del plazo, respecto al recurso de apelación interpuesta contra

la disposición contenida en la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, la que da por concluido la relación laboral que lo unía del 30 enero 2011 con la entidad demandada, se disponga su reincorporación a sus labores como servidor de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, en el cargo de JEFE DE EQUIPO MECÁNICO Y EXTRACCIÓN DE ALVEOS, sujeta al régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Dos. Determinar si la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15 y la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, adolecen de causal de nulidad previstos en el artículo 10° de la ley de procedimiento administrativo general.

Tres. Determinar si corresponde ordenar el reconocimiento como trabajador de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, contratado a cargo de naturaleza permanente desde el 03 de enero de 2011, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Sexto: Se advierte que el primer punto controvertido, se pretende determinar la nulidad de la resolución ficta generada por la omisión de no haber emitido pronunciamiento expreso dentro del plazo el respecto al recurso de apelación interpuesta contra la disposición contenida en la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, sin embargo, en el segundo punto se pretende la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, sin embargo ambas resoluciones, han causado el mismo efecto jurídico, esto es la de ser resoluciones que causan estado y que agotan la vía administrativa, por la cual, se ha interpuesto la presente demanda a fin de declararlas nulas, consecuentemente es pertinente hacer un análisis separado tal como se ha fijado en los puntos controvertidos.

Séptimo: En relación al primer punto controvertido, referido a determinar si procede declarar la nulidad e ineficacia total de la arbitraria resolución ficta de alcaldía de Municipalidad Provincial de Carhuaz, generada por omisión de no haber emitido pronunciamiento expreso dentro del plazo de ley respecto al recurso de apelación interpuesta contra exposición contenía la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, la que da por concluida la relación laboral del 30 enero 2011, con la entidad demandada se disponga su reincorporación a sus labores como servidor de la municipalidad a cargo de jefe del equipo mecánico y

extracción de alveos sujeto al régimen de Decreto Legislativo N° 276.

Octavo: De conformidad con el artículo 218° inciso 1: “Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el poder judicial mediante el proceso contencioso administrativo a que se refiere el artículo 138° de la constitución política del Estado. Se tiene de los antecedentes que, el demandante fue notificado con la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, con la cual se pone a su conocimiento el vencimiento del plazo contractual, dando por terminado el vínculo laboral del demandante con la entidad edilicia demandada, ante este hecho el recurrente interpone recurso de apelación contra la referida carta. Recurso que fue presentada con fecha 09 de enero 2015 es decir dentro del plazo que establece el artículo 227° inciso 2 de la Ley N° 27444 vale decir dentro de los quince días establecidos. De la misma manera, con fecha 24 de febrero de 2015, el demandante da por agotada la vía administrativa por cuanto la entidad de dicho acto aun cuando el SEGUNDO PLENO SUPREMO EN MATERIA LABORAL, de fecha 8 y 9 de mayo 2014, ha establecido que el agotamiento de la vía administrativa no serán exigibles en los supuestos excepcionales a que se refiere el artículo 19° de la Ley N° 27584, así como en aquellas impugnaciones que se formulen en contra de actos materiales, a que se refiere el artículo 4° inciso 3 de la citada ley.

Noveno: De los antecedentes de la presente causa y según fundamenta el demandante el 05 enero 2015, de forma arbitraria fue impedida de ingresar a su centro laboral, instalaciones de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, momentos en los cuales el jefe del área personal le hace entrega la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, con la cual daban por concluidos sus servicios personal personales bajo el argumento que su contrato había fenecido ante la cual hizo constar en acta policial los actos de impedimento a su centro de labores, también indica que él se encuentra entre los alcanza de Régimen Laboral N° 276 - Ley de la Carrera Administrativa, por cuanto venía cumpliendo sus funciones como jefe del equipo mecánico y extracción de álveos, bajo los elementos de una relación laboral: remuneración, subordinación y dependencia, por ello su empleadora le curso sendos documentos, para el mejor cumplimiento de sus funciones y que bajo el principio de la realidad está cumplialabores de

naturaleza permanente.

Décimo: El Procurador Público de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, en su contestación de demanda indica que la demandante ingreso a laboral a la entidad edilicia en el mes de enero y febrero de 2011, bajo la modalidad de locación de servicios y que posteriormente el 01 de marzo de 2011, fue contratado bajo la modalidad de servicio administrativos personal cargo de naturaleza permanente una labor diaria y constante.

Décimo Primero: Se tiene de los actuados que el demandante ha laborado los meses de enero y febrero de 2011, bajo la modalidad de locación de servicios personales tal como consta del Contrato de Locación de Servicios N° 018-2011/MPC, la labor para la que fue contratado es para realizar las funciones como responsable del equipo y extracción de álveos, en ese sentido el artículo 1764° del Código Civil establece que: la relación de locación de servicios, el locador se obliga sin estar subordinado al comitente a prestar sus servicios materiales e intelectuales, por cierto tiempo, para un trabajo determinado a cambio de una retribución que por lo general es en dinero, vale decir que por esta razón el contrato de locación de servicios es uno de naturaleza civil y no laboral, pues su distinción radica del contrato de trabajo, principalmente porque no lleva intrínseco el elemento de la subordinación, por lo mismo se considera, bajo la modalidad de locación de servicios aquella persona que está contratado para desempeñar un servicio especializado, con un resultado predefinido y en cuyo caso el contratado deberá aportar los materiales y elementos de trabajo, en definitiva se puede observar de la citada definición que el contrato de locación de servicios con relación al contrato de trabajo tienen también tres elementos esenciales para la prestación personal: i) la retribución y la autonomía indicando la doctrina frente a ello que en los hechos no debe manifestar sin ninguna situación que evidencia la existencia de subordinación, caso contrario el contrato aparentemente de locación de servicios, quedará desnaturalizado y se entenderá que es uno de carácter laboral a plazo indefinido habiendo delimitado las características del contrato locación de servicios, es preciso abordar los hechos materia de la presente demanda que conforme existe el Informe N° 36-2011-MPC/DEM/JRC de fecha 03 de marzo de 2011, que pone en evidencia que recurrente dio cuenta de su labor realizada, en el mes de febrero, pues dicho documento fue dirigida al gerente de desarrollo urbano

y rural de la municipalidad provincial de Carhuaz, circunstancia que estaría demostrado que el demandante venía cumpliendo sus funciones de manera subordinada a favor de su empleadora rompiendo con ellos los parámetros que indica la presencia de una relación contractual de carácter civil y más bien nos estaríamos ante una relación de carácter laboral, tal conforme se ha desarrollado líneas arriba poniendo sobre la superficie el verdadero vínculo que existe entre la municipalidad y el recurrente con la cual estaríamos ante una verdadera desnaturalización del contrato de locación de servicios, considerando que posteriormente se suscribió el contrato, por la cual, sólo sirvió para evadir responsabilidades sobre los derechos que se le venían vulnerando al accionante, esto conforme indica el Segundo Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, es posible que exista invalidez del contrato administrativo de servicios y en la relación contractual inmediatamente previa de servicios no personales que vinculó a los trabajadores con el empleador se prueba la existencia de los elementos esenciales de una relación laboral prestación personal subordinación y remuneración directamente o mediante presunción según el régimen de la carga probatoria que determina la ley.

Resumen congruente con el principio de progresividad también denominado principio de irregresividad. Cómo se observa los hechos materia de dilucidación han encubierto una relación laboral y está desnaturalización opera justamente por aplicación del principio de primacía de la realidad ya que, se comprobará la existencia de una relación de dependencia, naturalmente encubierta o maquillada por conveniencia exclusiva del empleador con el objeto de eludir el pago del costo laboral, qué existir una relación de vínculo laboral y que la posterior inscripción del contrato administrativo de servicios, sólo ha servido para validar sus actos fraudulentos con las que ha actuado la Municipalidad Provincial de Carhuaz, pues como reconoce la jurisprudencia, la suscripción del contrato CAS no supone una novación de los contratos suscritos con anterioridad y, por lo tanto no existe convalidación, mucho menos consentimiento respecto de cualquier vicio o defecto de este.

Decimosegundo: A modo de ahondamiento, es preciso aclarar que el contrato administrativo es servicios, constituye una modalidad especial propia del derecho

administrativo y privada del estado, que vincula una entidad pública con una persona natural que presta sus servicios de una manera autónoma, este régimen es aplicado a toda entidad pública sujeto al Decreto Legislativo N° 276, asimismo, a las entidades públicas sujetas al Decreto Legislativo N° 728, con excepción de las empresas del estado, la que se celebra a plazo determinado y es renovable. pues bien de los medios probatorios y de los análisis de los hechos, Se tiene que el demandado Julio César Romero Cadillo al suscribir Contrato de Locación de Servicios N° 018-2011/MPC, del 01 de marzo de 2011 vigente hasta el 31 de diciembre del 2000, la misma que fue renovada mediante adendas número 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 hasta el 30 de septiembre del 2014 y que los meses de octubre a noviembre y diciembre del mismo año el demandante fue incluido y pagado bajo dicho régimen sin la renovación o firma del contrato alguna, así se constata de las copias certificada de las planillas de pago.

Decimotercero: De todo ello se deduce que el demandado si bien es cierto ha laborado para la entidad edilicia mediante contrato extractiva servicio, la misma que hace se ha prolongado mediante adendas, Lo cierto es que existió un período de 3 meses que lo realizó sin la firma de ningún contrato, estos fueron los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2014, lográndose configurarlo que en la jurisprudencia llama prórroga automática. quedando demostrado que la entidad edilicia nuevamente incurre en una nueva modalidad de desnaturalización del contrato, conforme lo señalado el segundo pleno jurídico en materia laboral, donde indica lo siguiente el trabajador que continúa laborando luego de vencido un contrato CAS, sin suscribir contrato alguno, y que pretende invocar los derechos que surgen de este hecho, deberá de plantear su pretensión, siguiendo las reglas anteriores, según el régimen laboral de la entidad en la que trabaja, y en consecuencia, el régimen laboral de la entidad es la laboral pública, y el servidor continúa laborando luego de vencido el plazo de vigencia de su contrato CAS, la vía para sus pretensiones era el proceso contencioso administrativo.

Décimo cuarto: Lo descrito en el punto anterior, pone de manifiesto que la municipalidad demandada ha desnaturalizado primero los contratos de locación de servicios y luego el contrato CAS, por consiguiente, no pudo haber realizado despido alguno arguyendo motivos y fundamentos que no correspondían a su

verdadero régimen laboral, más aún la forma de cómo hizo el despido, a través de una carta que no corresponde a la manera y formas que establece la norma, por el contrario, para ello previamente debió de iniciarle un proceso administrativo y sancionarlo según contempla el Decreto Legislativo N° 276, incluso no dando respuesta pronta al recurso interpuesto contra tal documento, por lo que en primer momento se solicitó la nulidad de la resolución ficta, para convertir en ineficaz los efectos de la carta de despido.

Décimo cuarto. Referente al segundo punto controvertido, si la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15, y la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, adolescente causal de nulidad previsto en el artículo 10 de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, que referente a la primera cuestión, se tiene que el demandante ha seguido un proceso administrativo a fin de ser reconocido como trabajador en labor de naturaleza permanente, trámite que la realiza en el Expediente Administrativo N° 6047-2014. Según se tiene de los antecedentes mediante Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15, se declaró improcedente la pretensión, resolución emitida cuando el accionante mediante escrito de fecha 14 diciembre, dejó constancia de agotamiento de la vía administrativa, acogiendo al silencio administrativo negativo, con la cual se dio por agotada la vía previa, razón por el cual el demandante, solicita como pretensión accesoria, la nulidad e ineficacia total de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15, así como también solicita en su ampliación de demanda, su reincorporación al cargo que venía desempeñando, la cual debe ser bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276 desde febrero del 2011, es decir, desde la fecha que suscribió el contrato de locación de servicio, pues como ya quedó establecido, la entidad demandada en un primer momento ha encubierto una relación de carácter laboral, bajo la apariencia de contrato locación de servicios, para luego incluso desnaturalizar el contrato CAS, sin la firma de contrato alguno por parte del trabajador, en tal sentido, si resulta posible que exista invalidez de un contrato administrativo de servicios, y en la relación contractual previa se acredita la existencia de los elementos esenciales de una relación laboral (prestación personal, subordinación y remuneración), y que como tal le correspondía la aplicación del artículo 1 de la Ley N° 24041, más aún, cuando ha quedado

establecido que: “El existe invalidez de contratos administrativos de servicios, de manera enunciativa, en los siguientes supuestos(...) 2.1.4 Si el trabajador inicia sus servicios suscribiendo contrato administrativo de servicios pero continúa prestando los mismos sin suscribir nuevo contrato, no existe invalidez de los contratos administrativos de servicios suscritos, sin embargo, esta circunstancia no origina la prórroga automática el contrato CAS suscrito y se entiende que la relación laboral posterior fue o es, de naturaleza indeterminada”. Regla jurisprudencial, que es válidamente aplicable a la presente controversia, pues cómo quedó establecido en los puntos anteriores, existió tres meses en los cuales la demandante elaboró sin suscribir contrato alguno, estos meses de octubre, noviembre y diciembre del 2014, por todo estos fundamentos la resolución de alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 03/02/15, también debe ser declarada nula por contravenir a la Constitución y la ley 24041, estando inmersos en causales de nulidad del artículo 10° de la Ley N° 27444.

Decimo cinco. Respecto al punto siguiente, conforme ha sido desarrollado en el punto anterior, el recurrente fue notificado con la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, mediante la cual se declara improcedente su recurso de apelación, interpuso contra la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, con la cual la entidad demandada ratifica su actitud de vulnerar los derechos del recurrente habiendo realizado despido sin previo proceso disciplinario y por causales establecidas en la ley, cuando muy bien ha quedado establecido que el recurrente se le ha desnaturalizado en dos oportunidades los contratos suscritos, con la cual se observan la propensión de la municipalidad demandada, de transgredir los Derechos constitucionales y laborales de sus empleados, como es el caso de Julio César Romero Cadillo, por lo que estando los fundamentos y lo resuelto en el punto controvertido anterior se debe declarar la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A por contravenir la Constitución, la Ley N° 24041 y el Decreto Legislativo N° 276.

Decimosexto: Respecto al tercer punto controvertido, referente a si corresponde ordenar el reconocimiento como trabajador de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, contratado a cargo de la naturaleza permanente desde el 03 de enero 2011, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276. En ese sentido habiéndose

desnaturalizado incluso ambos contratos y siendo la norma del Decreto Legislativo N° 276 régimen laboral de la institución demandada, es pertinente aplicar la Ley N° 24041, para establecer que el demandante ha laborado para la Municipalidad Provincial de Carhuaz, por el período de 4 años y 2 días, conforme se aprecia de las planillas de pago que obran en autos y los contratos y adendas, además de informes, mediante las cuales el recurrente daba cuenta de sus labores realizadas, con la cual ha superado en exceso el plazo de prueba, esto es, el periodo de un año, luego de la cual el trabajador no puede ser cesados y no es por causas que la norma establece y previo proceso administrativo, que garantiza el derecho de defensa de todo administrado, con lo cual se encuentra bajo los alcances del artículo 1° de la Ley N° 24041, por lo mismo, su solicitud para ser reconocida como trabajador en labor de naturaleza permanente debió ser declarado fundado. En consecuencia, la Resolución de Alcaldía recurrida en esta instancia deviene en nula por contravenir la Ley y la Constitución por lo mismo debe ser declarada nula por estar incurso en las causales del artículo 10° inciso 1 del Decreto Legislativo N° 27444.

Por esas consideraciones el Juzgado Mixto de Carhuaz:

FALLA DECLARANDO FUNDADA LA DEMANDA interpuesta por Don Romero Cadillo Julio César, sobre declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A y como acumulación objetiva originaria de pretensión accesoria de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015- MPCHZ/ALC, seguidos por Romero Cadillo Julio César contra la Municipalidad provincial de Carhuaz, sobre Contencioso Administrativo, en consecuencia nula la Resolución de Alcaldía 103-2015-MPC/A de fecha 26 de marzo 2015 y nula la Resolución de Alcaldía 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 3 de febrero 2015, por lo que se ordena la Municipalidad Provincial de Carhuaz cumpla la demanda de reincorporar a su centro de labores en el cargo que venía desempeñando u otro similar como trabajador contratado permanente bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, disposición que deberá ser cumplida en el plazo de 2 días de notificado la presente Sentencia.

5.4.2. Análisis de la sentencia:

El Juez Civil del Juzgado Mixto de Carhuaz **FALLA DECLARANDO FUNDADA LA DEMANDA** interpuesta por Don Romero Cadillo Julio César, sobre declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015- MPC/A y como acumulación objetiva originaria de pretensión accesoria la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC, seguidos por Romero Cadillo Julio César contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, sobre Contencioso Administrativo, en consecuencia nula la Resolución de Alcaldía 103-2015-MPC/A de fecha 26 de marzo 2015 y nula la Resolución de Alcaldía 045- 2015-MPCHZ/ALC de fecha 3 de febrero 2015, por lo que se ordena la Municipalidad Provincial de Carhuaz cumpla la demanda de reincorporar a su centro de labores en el cargo que venía desempeñando u otro similar como trabajador contratado permanente bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, disposición que deberá ser cumplida en el plazo de 2 días de notificado la presente Sentencia.

Y argumento su sentencia, en que se desnaturalizado ambos contratos y siendo la norma del Decreto Legislativo N° 276, régimen laboral de la institución demandada, es pertinente aplicar la Ley N° 24041, para establecer que el demandante ha laborado para la Municipalidad Provincial de Carhuaz, por el período de 4 años y 2 días, conforme se aprecia de las planillas de pago que obran en autos y los contratos y adendas, además de informes, mediante las cuales el recurrente daba cuenta de sus labores realizadas, con la cual ha superado en exceso el plazo de prueba, esto es, el periodo de un año, luego de la cual el trabajador no puede ser cesados y no es por causas que la norma establece y previo proceso administrativo, que garantiza el derecho de defensa de todo administrado, con lo cual se encuentra bajo los alcances del artículo 1° de la Ley N° 24041, por lo mismo, su solicitud para ser reconocida como trabajador en labor de naturaleza permanente debió ser declarado fundado. En consecuencia, la Resolución de Alcaldía recurrida en esta instancia deviene en nula por contravenir la Ley y la Constitución por lo mismo debe ser declarado nulo por estar incurso en las causales del artículo 10° inciso 1 del Decreto Legislativo N° 27444.

5.5. Etapa impugnativa (Recurso de apelación):

5.5.1. Apelación de sentencia de Primera instancia:

Con fecha 11 de noviembre de 2016, la Procuraduría Pública Municipal de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, interpuso recurso de apelación de Sentencia.

ERROR DE HECHO Y DERECHO INCURRIDO EN LA SENTENCIA IMPUGNADA

La sentencia recurrida declara fundada la demanda interpuesta por Julio Romero Cadillo sobre declaración de nulidad Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, nulidad Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC y consecuentemente se ordene su reincorporación a sus labores en el cargo que venía desempeñando u otro similar como trabajador contratado permanente, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

Sobre el particular debe tenerse presente que se ha fijado como punto controvertido señalado en el quinto considerando de la recurrida al determinar si procede declarar la nulidad e ineficacia total de la arbitraria Resolución ficta de Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Carhuaz, generada por omisión de no haber emitido pronunciamiento expreso dentro del plazo de ley contenía la CARTA N° 002-2014-MPC-RRHH, de fecha 05/01/15, la que da por concluida la relación laboral que lo unía desde el 30 enero 2011 con la entidad demandada, se disponga su reincorporación a sus labores como servidor desde lamunicipalidad a cargo de jefe de equipo mecánico extracción de alveos, dentro del régimen del Decreto Legislativo N° 276, si corresponde ordenar el reconocimiento de su condición de trabajador Municipalidad Provincial de Carhuaz, contratado a cargo de la naturaleza permanente desde el 03 de enero el2011, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

La resolución recurrida en su considerando décimo primero va más allá de la pretensión del demandante, pues en ningún momento el actor pretende la invalidez de su contrato administrativo de servicios, el Aquo, ha desarrollado su razonamiento respecto a dicha invalidez sin la indicación en su totalidad de los argumentos expuestos tanto por el demandante en el recurrente, cuando se le indicó normas de carácter procesal y presupuestal que deben de tenerse en cuenta

al pretender amparar derechos laborales como la como la que pretende el actor y que el juez de la causa no analizó de manera integral.

Un error gravitante señalado en la sentencia es la declarada en los considerandos decimosegundo y décimo tercero cuando se señala que el actor laboró los meses de octubre a noviembre y diciembre 2014 incluido y pagado bajo el régimen del Decreto Legislativo 276, con el cual concluye de manera ilegítima e irresponsable de que le correspondería su como trabajador de dicho régimen, sin tener en cuenta que la entidad al afectado una planilla para el pago de los meses antes indicados debió tener un informe presupuestal que sustente dichos pagos, y para qué Aquo aquel derecho falsamente invocado por el accionante, debió sustentar su decisión en el informe presupuestal antes indicado conforme a lo establecido por el Decreto Legislativo N° 276.

La causa ha emitido pronunciamiento de fondo equivocando su análisis respecto a la absolución de la demanda hecha por el recurrente, cuando menciona en el décimo considerando que el suscrito indico que accionante tenía cargo de naturaleza permanente en una labor diaria y constante, cuando de la revisión de absolución de la demanda hecha por el suscrito se puede advertir que se dejó precisado (literal C de la fundamentación de la contestación de la demanda) que el actor no tiene derecho a la permanencia sujeta al régimen del Decreto 1 Legislativo N° 276.

En ese sentido, se advertirá, que el Aquo, ha venido deslizando desde el inicio su intención de parcializarse con la pretensión del actor cuando en el considerando decimoprimerio menciona que conforme puede verse (...), con lo cual se pone en evidencia que el trabajador da cuenta de su labor, casi de manera permanente a su empleo, y lo que es grave, en el considerando decimosegundo menciona que los meses de octubre en noviembre en diciembre fue pagado bajo dicho régimen, sin advertir que el decimoquinto se reconoce que el actor nunca fue reconocido como trabajador de naturaleza permanente sujeto al régimen del Decreto Legislativo N° 276, mencionando que mediante Resolución de Alcaldía 048-2015 de fecha 03 de febrero 2015, recién se le negó dicha condición, por lo que cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿Quién solicita permanencia si ya la tiene?, la

respuesta es simple, es que nunca tuvo esa condición.

Finalmente en el decimosexto considerando advertir que se debe aplicar la Ley N° 24041 - Ley que otorga permanencia, le otorga el derecho a estar sujeto al régimen del Decreto Legislativo N° 276, dejando de lado que ya está establecido como debe de ser el ingreso al régimen antes indicado, cuando el artículo 12° del decreto legislativo establece qué: “Son requisitos para el ingreso a la carrera administrativa a) ser ciudadano peruano en ejercicio, b) acreditar buena conducta y salud comprobada, c) presentarse y ser aprobado en el concurso de admisión”, según lo dispuesto por el artículo 28°, 29° y 30° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, se señala que en todos los casos se debe ingresar cuando medie concurso, con excepción de labores temporales, así el Aquo no tomó en cuenta lo expuesto en la absolución de la demanda cuando se mencionó que el actor nunca ingreso al PAP de la entidad Edil, vulnerando el numeral 5.1 de la directiva 001- 82-INAP/DNP, que define el presupuesto analítico del CAP, concordante con la ley 28411 - “ Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto Público”, qué debe señalar de manera tajante que no se contaba con dichos requisitos por lo que el Aquo, ni mucho menos el informe presupuestal, pretende avalar con dicha sentencia, el mismo que es evidente nulo de puro derecho.

NATURALEZA DE AGRAVIO

La sentencia apelada causa agravio a la Municipalidad Provincial de Carhuaz pues al haber resuelto fundada la demanda lesionen los intereses de la entidad y el interés público en cuanto se colisiona con el derecho a la igualdad de oportunidades sin discriminación.

5.5.2. Dictamen Fiscal:

La Fiscalía Superior Civil y de Familiar señala lo siguiente:

De las normas y jurisprudencia del tribunal considera se desprende que el régimen aplicable a los contratos administrativos servicios CAS es de naturaleza laboral. no obstante, el Tribunal Constitucional hace énfasis en señalar que se trata de un régimen laboral de naturaleza temporal, que no está inmerso dentro de ninguno de los regímenes laborales antes existentes, cómo es regulado por el Decreto

Legislativo N° 276 o el Decreto Legislativo N° 728.

Por ende considera, que la admisión al régimen laboral del caso no significa que el trabajador reúna los requisitos para ser considerado dentro de alguno de los otros regímenes, dado que éstos requieren, como va, la existencia de una plaza vacante y el cumplimiento de determinados requisitos. Así el Tribunal Constitucional precisa que en el supuesto que existiera un despido arbitrario el régimen de protección sería de naturaleza resarcitoria y no restitutoria.

En esta línea de razonamiento, y en y en concordancia con lo señalado por el tribunal constitucional, no cabe argumentar derecho a reposición alguna, ni invocar la aplicación de la Ley N° 24041, dado que la misma está destinada a ser aplicada al régimen laboral regido por el Decreto Legislativo N° 276 (pues hace expresa alusión a esta disposición legal), mientras que el caso está regulado por un régimen laboral especial de naturaleza temporal que no admite la reposición en el centro laboral, tanto más y uno de los supuestos de extinción de dicho contratos el vencimiento del plazo contractual.

RECURRENTE LABORÓ SIN LA SUSCRIPCIÓN O PRÓRROGA DEL CONTRATO CAS

De la revisión de las sentencias y advierte que el Aquo, ha resuelto declarar fundada la demanda, en desnaturalización del contrato administrativo de servicios, ordenó la reposición del demandante en el cargo que venía desempeñando u otro de similar nivel o categoría, ello en atención al segundo pleno jurisdiccional supremo en materia laboral que establece la prórroga automática.

Al respecto, cabe señalar que este despacho no comparte el criterio adoptado por el Aquo, pues el supuesto de que un trabajador contratado bajo la modalidad CAS a labores sin que se haya ampliado su contrato suscrito uno nuevo, se encuentra regulado en el segundo párrafo del artículo 5° del reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios, siendo que dicha norma resulta aplicable al caso de autos, tanto más si se tiene en consideración lo señalado en el cuarto pleno jurisdiccional supremo en materia laboral y previsional, que trató el tema de la prórroga automática del

contrato CAS, señalando: “Si el trabajador inicia sus labores al servicio del Estado, mediante un contrato administrativo de servicios, luego de su vencimiento continúa laborando ¿se produce una prórroga automática del contrato de servicio en sus mismos términos? acordando el pleno por unanimidad, “y el trabajador ha iniciado sus labores al Servicio del Estado mediante un contrato administrativo de servicios y luego de su vencimiento continúa laborando, se produce una prórroga automática de dicho contrato en sus mismos términos y por el mismo plazo”.

En similar sentido, se ha pronunciado el tribunal constitucional en las sentencias emitidas en los expedientes números: 00235-2013-PA/TC y 3632-2013-PA/TC, donde en los considerandos 6 y 8 estableció: “Destacado lo anterior consideramos que el contrato administrativo de servicios, se prórroga de forma automática si el trabajador continúa laborando después de la fecha del plazo estipulado en su último contrato administrativo de servicios, este hecho no genera que el contrato se convierte en un contrato de duración indeterminada, debido a que el artículo 5° del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, prescribe que la duración del contrato no puede ser mayor al período que corresponde al año fiscal respecto dentro del cual se efectúa la contratación”. En la actualidad, este parecer se encuentra reconocido en el artículo 5.2 del Decreto Supremo 075-2008-PCM, que fue incorporado por el decreto supremo N° 065-2011-PCM.

Por lo que, si un trabajador contratado mediante contrato administrativo de servicios continúa laborando sin que exista prórroga o renovación de su contrato, no significa que éste se convierte en uno de duración indeterminado, sino que sólo se prórroga por los mismos términos y periodo el contrato C.A.S. anterior, como bien se ha señalado en los dos fundamentos precedentes.

De auto se tiene que, la última adenda al contrato administrativo de servicios 18-2011 -MPC del recurrente vence el 30 de septiembre de 2014, siguen hasta el 31 de diciembre del 2014, sin nuevo contrato CAS o adenda, por lo que, la última adenda firmada por el actor se prorrogó en los mismos términos y periodo, siendo este, del 01 de octubre al 31 de diciembre de 2014.

SOBRE LA PLENA JURISDICCIÓN EN LOS PROCESOS CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVOS

Cabe destacar, como característica del proceso contencioso administrativo, el amparo a las pretensiones de plena jurisdicción que está prevista en el artículo 5° del TUO de la Ley N° 27584, que prescribe: En el proceso contencioso podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de medidas o actos necesario para tales fines.

Por lo expuesto, la Fiscalía Superior Civil y de Familia del Distrito Fiscal de Ancash **OPINA** que se declara fundada en parte el recurso de apelación interpuesto por el procurador Público de la Municipalidad Provincial de Carhuaz; En consecuencia se revoca la sentencia en el extremo que ordena la incorporación del demandante en el cargo que venía desempeñando otro similar como trabajador contratado permanente, bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276.

5.5.3. Sentencia de Segunda Instancia:

La Sala Laboral permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash.

SÍNTESIS DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATIVA

En cuanto la apelación diferida:

El señor Procurador de la Municipalidad Provincial de Carhuaz en representación de la demandada, mediante recurso de apelación de fecha 3 de junio de 2015, expone sus agravios básicamente en lo que a continuación se describe:

a) causa e xtrañeza, que habiéndose presentado el 7 de mayo de 2015 el escrito de ampliación de demanda, ésta no haya sido notificada con el auto admisorio de la demanda y sus anexos, que fueron notificados con fecha 13 de mayo 2015, vulnerando a la demandada en su derecho de defensa

En cuanto a la apelación de Sentencia:

La Procuraduría Pública Municipal de la Municipalidad Provincial de Carhuaz,

expone sus agravios básicamente en: a) la resolución recurrida en su considerando décimo primero va más allá de la pretensión del demandante, pues en ningún momento el actor pretende la invalidez de su contrato administrativo de servicios, el Aquo, ha desarrollado su razonamiento respecto a dicha invalidez sin la indicación en su totalidad de los argumentos expuestos tanto por el demandante en el recurrente, cuando se le indicó normas de carácter procesal y presupuestal que deben tenerse en cuenta al pretender amparar derechos laborales como la que pretende el actor y que el juez de la causa no analizó de manera integral.

Un error gravitante señalado en la sentencia es la declarada en los considerandos decimosegundo y décimo tercero cuando se señala que el actor laboró los meses de octubre a noviembre y diciembre 2014 incluido y pagado bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, con el cual concluye de manera ilegítima e irresponsable de que le correspondería su como trabajador de dicho régimen, sin tener en cuenta que la entidad al afectado una planilla para el pago de los meses antes indicados debió tener un informe presupuestal que sustente dichos pagos, y para qué Aquo aquel derecho falsamente invocado por el accionante, debió sustentar su decisión en el informe presupuestal antes indicado conforme a lo establecido por el Decreto Legislativo N° 276.

La causa ha emitido pronunciamiento de fondo equivocando su análisis respecto a la absolución de la demanda hecha por el recurrente, cuando menciona en el décimo considerando que el suscrito indicó que el accionante tenía cargo de naturaleza permanente en una labor diaria y constante, cuando de la revisión de absolución de la demanda hecha por el suscrito se puede advertir que se dejó precisado (literal C de la fundamentación de la contestación de la demanda) que el actor no tiene derecho a la permanencia sujeta al régimen del Decreto Legislativo N° 276.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO

Antes de realizar el análisis de fondo del caso que nos ocupa, es necesario precisar algunos aspectos relevantes en cuanto al contrato administrativo de servicios, el cual viene a ser un régimen laboral especial aplicado al sector público, que vincula

una persona natural con una entidad pública, mediante una prestación de servicios subordinada, se rige mediante el Decreto Legislativo N° 1057, Decreto Supremo N° 075- 2008-PCM y normas conexas, su ámbito de aplicación se circunscribe a todas las entidades del sector público, entendiéndose inclusive al poder ejecutivo, congreso, poder judicial, por organismo constitucionalmente autónomos, gobierno regionales, locales y universidades públicas, en cuanto al plazo de duración, este es determinado, no pudiendo ser mayor al año fiscal, sin embargo, puede ser prorrogado renovado cuantas veces lo considere a la entidad contratante, acorde con la necesidad del servicio. Añadir que cada prórroga o renovación debe formalizarse por escrito antes del vencimiento del plazo del contrato. otro dato importante a tomar en cuenta es que los trabajadores que se encuentren contratados bajo esta modalidad laboral, cuenten con ciertos beneficios tales como descanso físico, permisos por lactancia materna, y licencia por paternidad, afiliación al régimen de pensiones, afiliación al régimen contributivo de ESSALUD, derecho de sindicalización, entre otros beneficios, muy similares a regímenes diferentes, pero que no implican la desnaturalización del contrato administrativo de servicios justamente por su naturaleza especial.

En este sentido, es hacer un recuento en cuanto a la validez del contrato administrativo de servicios mencionados, puesto que desde su creación y aplicación existieron diversas posiciones que inclusive la calificaban como inconstitucional, al respecto a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 002-2010-PI/TC, constituye uno de los fallos más importantes expedidos en los últimos años, no sólo por el análisis que se efectúa, y no por el mismo impacto que ha tenido, ya que en él en el expediente se resuelve la demanda de inconstitucionalidad Interpuesto contra diferentes artículos del D.L. N° 1057, así como su reglamento, para concluir finalmente, que el régimen especial es uno de carácter laboral por lo tanto, junto con los demás regímenes de la actividad privada y pública, forma parte del bloque de regímenes laborales de contratación en nuestro país, la primera acotación que se encuentra partir de la emisión de esta sentencia es que se corrigen las estructuras del D.L. N° 1057, al punto de laborizar esta norma, inicialmente se habría considerado como un contrato no laboral, Asimismo se adhiere una serie de derechos como la libertad sindical que tanto se había criticado al inicio de su creación.

Ya pasando al caso que nos importa, y del análisis de actuados se aprecia que el demandante elaboró mediante contratos de locación de servicios durante el siguiente periodo: desde el 3 de enero al 28 de febrero del 2011, haciendo un total de 2 meses, ante lo cual es preciso traer a colación lo establecido por la Ley N° 24041 en su artículo 1° establece: “Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tenga más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, y con su gestión al procedimiento establecido en el, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 de la misma ley”, nótese que la norma expuesta al período solicitado para estar inmerso dentro del Decreto Legislativo N° 276 y obtener la protección de la Ley N° 24041 es un año ininterrumpido de labores de naturaleza permanente, así pues se observa que el demandante no ha cumplido con el plazo establecido en la ley para encontrarse al amparo del Decreto Legislativo N° 276, por el contrario, más bien después de celebrarlo y concretizado el contrato locación de servicios pasó a celebrar un contrato administrativo de servicios con el demandado, esto desde el primero de marzo del 2011 hasta el 30 de septiembre del 2014, no encontrándose ninguna desnaturalización ni mucho menos inobservancia de las normas laborales por parte de la demandada, en la medida como ya se estableció en los párrafos anteriores el contrato a mis activo de servicios existe, es constitucional y su aplicación es correcta.

En este estado cabe hacer la siguiente aclaración, si bien el lapso de tiempo en el cual el demandante laboró sin contrato de por medio, resulta cierto también que esto no implica la renovación de su contrato a plazo indeterminado, más bien se le concede un trato distinto como el que se establece en el segundo párrafo del artículo 5° ver reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que establece: “5.2. en caso el trabajador continúe laborando después del vencimiento del contrato sin que previamente se haya formalizado su prórroga o renovación, el plazo de dicho contrato se extiende automáticamente ampliado por el mismo plazo del contrato o prórroga que esté por vencer, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los funcionarios o servidores que generaron tal ampliación automática. Para tal efecto, la entidad contratante informa al trabajador sobre la no prórroga o la no

renovación, con una anticipación no menor de 5 días hábiles previos al vencimiento de contrato”. Corroborado esto con lo establecido en el QUINTO PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, cuando en su segundo tema expuso la prórroga automática del contrato CAS determinando: “si el trabajador ha iniciado sus labores en el servicio del Estado mediante el contrato administrativo de servicios, y luego de su vencimiento continúa laborando, se produce una prórroga automática de dicho contrato en sus mismos términos y por el mismo plazo”, afianzándose el criterio de que el trabajador demandante no se encuentra dentro de los alcances de la Ley N° 24041, menos del D.L. N° 276 y menos le correspondería un contrato a plazo indeterminado.

DECISIÓN:

Por los fundamentos expuestos, la Sala Superior Laboral de la Corte Superior de Justicia de Ancash con la autoridad que le confiere la constitución política del Estado, administrando justicia en nombre de la nación y **RESUELTO** 3) **REVOCAR la sentencia contenida en la resolución número 14** de fecha 29 de septiembre del 2016, que falla declarar fundada la demanda interpuesta por Romero Cadillo Julio César, sobre declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A y como acumulación objetiva originaria de pretensión accesorio la Resolución de Alcaldía N° 045-2015- MPCHZ/ALC, seguidos por Romero Cadillo Julio César contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, sobre Contencioso Administrativo, en consecuencia nula la Resolución de Alcaldía 103-2015-MPC/A de fecha 26 de marzo 2015 y nula la Resolución de Alcaldía 045-2015-MPCHZ/ALC de fecha 3 de febrero 2015; por lo que se ordena la Municipalidad Provincial de Carhuaz cumpla la demanda de reincorporar a su centro de labores en el cargo que venía desempeñando u otro similar como trabajador contratado permanente bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276. 4) **REFORMANDO LA DECLARARON INFUNDADA LA DEMANDA** interpuesta por Don Romero Cadillo Julio César, sobre declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, y como acumulación objetiva originaria de la pretensión accesorio la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC, seguidos contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, sobre materia contencioso administrativo.

5.5.4. Análisis de la sentencia de Segunda Instancia:

La Sala Laboral permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash **RESUELVE** 3) **REVOCAR la sentencia contenida en la resolución número 14** de fecha 29 de septiembre del 2016, que falla declarar fundada la demanda interpuesta por Romero Cadillo Julio César, sobre declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A y como acumulación objetiva originaria de pretensión accesoria la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC4) **REFORMANDO LA DECLARARON INFUNDADA LA DEMANDA** interpuesta por Don Romero Cadillo Julio César, sobre declaración de nulidad de la Resolución de alcaldía N° 103-2015-MPC/A, y como acumulación objetiva originaria de la pretensión accesoria la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC, seguidos contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, sobre materia contencioso administrativo.

Argumentando que, si bien el lapso de tiempo en el cual el demandante laboró sin contrato de por medio, resulta cierto también que esto no implica la renovación de su contrato a plazo indeterminado, más bien se le concede un trato distinto como el que se establece en el segundo párrafo del artículo 5° ver reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que establece; “5.2. en caso el trabajador continúe laborando después del vencimiento del contrato sin que previamente se haya formalizado su prórroga o renovación, el plazo de dicho contrato se extiende automáticamente ampliado por el mismo plazo del contrato o prórroga que esté por vencer, sin perjuicio de la responsabilidad que corresponde a los funcionarios o servidores que generaron tal ampliación automática. Para tal efecto, la entidad contratante informa al trabajador sobre la no prórroga o la no renovación, con una anticipación no menor de 5 días hábiles previos al vencimiento de contrato; corroborado esto con lo establecido en el QUINTO PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, cuando en su segundo tema expuso la prórroga automática del contrato CAS, determinando: “si el trabajador ha iniciado sus labores en el servicio del Estado mediante el contrato administrativo de servicios, y luego de su vencimiento continúa laborando. se produce una prórroga automática de dicho contrato en sus mismos términos y por el mismo plazo”, afianzándose el criterio de que el trabajador demandante no se encuentra dentro de los alcances de la Ley N° 24041, menos del D.L. N° 276 y menos le correspondería un contrato a plazo indeterminado.

6. Conclusiones:

La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral siendo una manifestación del principio de continuidad, el cual junto con el derecho al trabajo en sus dos manifestaciones, la de acceder a un puesto de trabajo y la de conservar este empleo, son los fundamentos jurídicos de la estabilidad laboral, y es principalmente en esta segunda manifestación que se cimienta la estabilidad laboral, ya que el trabajador no puede ser despedido sino por causa justa.

El tipo de estabilidad que se encuentra regulado en el Perú es el de la estabilidad laboral relativa impropia, en este sistema la protección contra el despido arbitrario del trabajador es la indemnización, Teniendo su excepción en el despido nulo (estabilidad laboral absoluta). Sin embargo, los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional han ampliado los supuestos de reposición, y por ende los casos de estabilidad laboral absoluta.

Según la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el despido como forma de extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador debe tener una naturaleza causal y para tener una causa justa debe de estar relacionado con la conducta o capacidad del trabajador. La Constitución Política regula la: “Adecuada protección contra el despido arbitrario” dejando abierta a la voluntad del legislador, la forma de establecer cuál es el grado de protección que ha de otorgar al trabajador que sea objeto de un despido arbitrario, teniendo en cuenta que esta protección debe ser “adecuada”, la misma que puede ser la reposición o la indemnización, dependiendo del tipo de despido.

El artículo 27° de la Constitución Política otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario; con esto, el legislador constitucional deja en manos de la ley sustantiva regulatoria de la relación del trabajo (Ley de Productividad y Competitividad Laboral), la protección en caso de que el trabajador, incluido el trabajador de confianza, sea despedido arbitrariamente. La Protección Constitucional “Adecuada” frente al Despido Arbitrario cuando el Trabajador es de Confianza se denota en las sentencias analizadas del Tribunal Constitucional.

En el presente proceso la Sala Laboral permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash **RESUELVE** 3) **REVOCAR la sentencia contenida en la resolución número 14** de fecha 29 de septiembre del 2016, que falla declarar fundada la demanda interpuesta por Romero Cadillo Julio César, sobre declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A 4) **REFORMANDO LA DECLARARON INFUNDADA LA DEMANDA** interpuesta por Don Romero Cadillo Julio César, sobre declaración de nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 103-2015-MPC/A, y como acumulación objetiva originaria de la pretensión accesoria la nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 045-2015-MPCHZ/ALC, seguidos contra la Municipalidad Provincial de Carhuaz, sobre materia contencioso administrativo.

Argumentando que, (...) La entidad contratante informa al trabajador sobre la no prórroga o la no renovación, con una anticipación no menor de 5 días hábiles previos al vencimiento de contrato, corroborado esto con lo establecido en el QUINTO PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL, cuando en su segundo tema expuso la prórroga automática del contrato CAS, determinando: “Si el trabajador ha iniciado sus labores en el servicio del Estado mediante el contrato administrativo de servicios, y luego de su vencimiento continúa laborando, se produce una prórroga automática de dicho contrato en sus mismos términos y por el mismo plazo”, afianzándose el criterio de que el trabajador demandante no se encuentra dentro de los alcances de la Ley N° 24041, menos del D.L. N° 276 y menos le correspondería un contrato a plazo indeterminado.

7. Referencias Bibliográficas:

- (1993). *Constitución Política del Perú*.
- (1997). *Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del decreto legislativo N°728, Ley de Productividad y Competividad Laboral*.
- Actualidad Laboral (enero de 2019). Los contratos de trabajo sujetos a modalidad.
- Alarcon Salas (2016). *Comentarios a la ley de productividad y competitividad laboral: 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual* (primera ed.). Lima, Perú: Gaceta jurídica.
- Alonso García, M. (1975). *Curso de derecho del trabajo*. Barcelona, España: Ariel.
- Arce, E. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias* (Segunda ed.). Lima, Perú: Palestra editores SAC.
- Arévalo Vela, J. (2016). *Tratado de derecho laboral* (Primera ed.). Lima, Perú: Instituto Pacifico editores.
- Asquerino, M. (2015). *El periodo de prueba en los contratos de trabajo*. Tesis doctoral, Universidad de Sevilla, departamento del derecho del trabajo y seguridad social, Sevilla.
- Ballester Pastor, M. (1995). *El periodo de prueba, colección laboral*. Valencia, España: Ed. Tirant Lo Blanch.
- Blancas, C. (2002). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima, Perú: Ara Editores.
- Blancas, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano* (tercera ed.). Lima, Perú: Jurista editores SRL.
- Blancas, C. (2015). *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo* (Primera ed.). Lima, PERU: Palestra editores.
- Blancas, C. (2016). *Derechos fundamentales de la persona y la relación de trabajo* (segunda edición aumentada ed.). Lima, Perú: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bronstein, A. (1990). La protección contra el despido injustificado en América Latina. *Revista Internacional del trabajo*, 109(2), 270.
- Cabanelas, G. (1988). *Tratado de derecho laboral* (Tercera ed. Vol. 2). Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta SRL.

- Cabanellas, G. (2002). *Diccionario jurídico elemental* (Décimo tercera ed.). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Cabanellas, G. (1968). *Compendio derecho laboral* (Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Libros científicos.
- Cabanellas, G. (1984). *Diccionario enciclopédico de derecho Usual* (18 ed.). Buenos Aires, Argentina: Eliasta.
- Cáceres, J. (2006). Recuperado el 17 de Octubre de 2019, de <https://studylib.es/doc/5006104/la-ampliaci%C3%B3n-del-periodo-de-prueba>
- Carrillo, M. (2001). *La flexibilización del contenido laboral de la constitución. Balance de la reforma laboral peruana*. Lima, Perú: Sociedad peruana de derecho del trabajo y de la seguridad social.
- Castillo, N. (abril de 2009). Funcionalidad del periodo de periodo de prueba en la relación laboral. *Soluciones laborales*.
- Cruz, J. (2011). *Compendio de derecho del trabajo*. Madrid, España: Tecnos.
- Cuba, L. (2017). *El despido arbitrario: desarrollo doctrinario y jurisprudencial*. (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- De Ferrari, F. (1969). *Derecho del Trabajo* (Segunda ed., Vol. II). Buenos Aires: Ediciones De palma.
- De Val Tena, A. (1998). *Pacto de prueba y contrato de trabajo, colección de derecho laboral*. Madrid, España: Civitas.
- DEVEALI, M. (1956). *Lineamientos del derecho del trabajo. La interpretación de las leyes del trabajo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Argentina.
- Díaz, T. (1987). *Problemática de la estabilidad laboral*. Lima: Concytec.
- La Pouble, A. (1998). *Derecho individual del trabajo*. Lima, Perú: Cultural Cuzco.
- Martin, A. (1976). *El periodo de prueba en el contrato de trabajo*. Madrid, España: Montecorvo.
- Neves, J. (2015). “El Despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal. *Revista de Derecho PUCP*.
- Neves, J. (2018). *Introducción al derecho del trabajo* (cuarta ed.). Lima, Perú: Fondo editorial Pontificia universidad Católica del Perú.
- Plá Rodríguez, A. (1960). *Manual derecho del trabajo*. Barcelona, España: J.M Bosch.
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El derecho individual del trabajo en el Perú: Un enfoque teórico - práctico* (primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Vinatea, L. (2004). La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario.

Derecho & Sociedad.

8. Anexo

EXPEDIENTE CIVIL N°: 124-2015-0-0205-JM-LA-01

MATERIA: ACCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

UNIVERSIDAD NACIONAL
“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela profesional de derecho



INFORME PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO

EXPEDIENTE PENAL N° :00058-2017-0-201-JR-PE

DELITO : HURTO AGRAVADO

PRESENTADO POR:

JACKELINE NOHELY YANAC CANO

BACHILLER EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

ASESOR:

Mg. LOLA AURORA SOLORZANOVIDAL

HUARAZ – PERÚ

2019

AGRADECIMIENTO

A mis padres, quienes me han brindado su apoyo constante e incondicional en el desarrollo de mi carrera profesional.

DEDICATORIA

*El presente trabajo está dedicado a mis padres y mis hermanos,
quienes me han brindado su amor y apoyo constante
en el desarrollo de mi carrera profesional.*

ÍNDICE

1. Resumen	5
2. Abstract	6
3. Marco teórico del tema del expediente	7
3.1. Bases teóricas del hurto agravado	7
3.1.1. Factores de criminalidad	7
3.1.2.1. Hurto	14
a) Elementos objetivos	16
b) Elementos subjetivos	17
c) Bien jurídico protegido	18
d) Clases de hurto	19
3.1.2.2. Robo	20
a) Elementos objetivos	21
b) Elementos subjetivos	22
c) Bien jurídico protegido	23
d) Clases de robo.....	24
3.1.2.3. Hurto agravado	26
a) Bien jurídico tutelado.....	27
b) Tipicidad objetiva	27
c) Sujeto pasivo.....	27
d) Sujeto activo	28
e) Consumación	28
f) Penalidad	28
g) Descripción legal	28
3.1.2.4. Realidad social y los delitos contra el patrimonio (hurto y robo).....	29
3.1.2.5. Realidad económica en los delitos contra el patrimonio (hurto)	31

3.2. El proceso penal	33
3.2.1. Proceso y juicio	33
3.2.2. Función del proceso penal	35
3.2.3. Tiempo procesal	36
3.2.4. Caracteres del proceso	37
3.2.5. Objeto del proceso penal	37
3.2.6. Proceso y sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales.....	40
4. Jurisprudencia.....	42
4.1. ¿Jalaneo en el arrebato de bienes constituye robo o hurto?	42
4.2. Relevancia del valor del bien para la configuración de hurto agravado	43
4.3. Características personales del encausado permiten la suspensión de la ejecución de la pena	44
4.4. Para verificar circunstancia agravante de nocturnidad se debe usar el criterio cronológico.....	44
4.5. Declaran improcedente requerimiento de proceso inmediato y ordenan encausamiento por la vía común.....	44
4.6. Aspectos dogmáticos y probatorios del hurto de espectro electromagnético.....	45
4.7. Tipifican arrebato de celular como hurto agravado y no como robo agravado	45
4.8. Configuración del delito de apropiación ilícita y su diferencia con el hurto.....	46
5. Análisis del expediente	47
5.1. Etapa de Investigación	47
5.1.1. Investigación Preliminar.....	47
5.1.2. Análisis de la etapa de investigación preliminar	52
5.2. Incoación de proceso inmediato.....	53
5.2.1. Requerimiento de Incoación de proceso inmediato.....	53
5.2.2. Requerimiento de Prisión preventiva en el proceso inmediato.....	55
5.2.3. Audiencia proceso inmediato (con pedido de Prisión preventiva)	59

5.2.4. Apelación de la prisión preventiva	60
5.2.5. Análisis de la Incoación de proceso inmediato.....	61
5.3. Juicio Inmediato	62
3.3.1. Etapa inicial de juicio oral	62
5.3.2. Etapa probatoria del juicio oral	64
5.3.3. Etapa final de juicio inmediato	74
5.3.4. Análisis del Juicio oral	89
5.4. Etapa impugnatoria	90
5.4.1. Recurso de apelación.....	90
5.4.2. Sentencia de segunda instancia.....	91
5.4.3. Análisis de la etapa impugnatoria.....	96
6. Conclusiones	98
7. Referencias Bibliográficas	100
8. Anexo.....	102

1. Resumen:

En el presente informe trata sobre el estudio del Expediente Penal N° 00058-2017-0-0207-JR-PE-01, Huaylas; donde con Sentencia emitida el 03.05.2017, el Juzgado Unipersonal de Huaylas – Caraz condena a Emilio Grabiél Villon Espinoza a cuatro años de pena privativa de libertad por el delito de Hurto Agrado, con resolución N° 21 de fecha 16.08.2017, la Sala Penal de Apelaciones de Huaraz revoca la Sentencia Condenatoria y reformándola Absuelven a Emilio Grabiél Villon Espinoza por los siguientes fundamentos: No existe i) autor (dentro de la doctrina nacional y o comparada) ii) Ley o iii) Jurisprudencia penal vinculante que haya desarrollado la teoría del partícipe del delito (cómplice primario, cómplice secundario y/o instigador). En conclusión, lo único que admite nuestra moderna teoría finalista aceptada por toda nuestra doctrina nacional es el valor probatorio del testigo de referencia, que no tiene fuente de información en Juicio Oral; durante el desarrollo del trabajo se encontró algunas deficiencias en el análisis y aplicación de nuestra norma penal.

Partiendo de esa premisa mediante el presente nos permitiremos efectuar un análisis de como se ha llevado a cabo el proceso; es decir, si se han desarrollado bajo los principios de la función jurisdiccional, así como dentro de los parámetros de la Ley que es lo que en nuestra esencia como parte del Ordenamiento Jurídico nos concierne.

Palabras clave: Expediente, Sentencia, Sala de apelaciones.

2. Abstract:

This report deals with the study of Criminal File N° 00058-2017-0-0207-JR-PE-01, Huaylas; where with a Sentence issued on 05/03/2017, the Unipersonal Court of Huaylas - Caraz condemns Emilio Grabiél Villon Espinoza to four years of imprisonment for the crime of Theft, with resolution No. 21 dated 08/16/2017, the Criminal Chamber of Appeals of Huaraz revokes the Conviction Sentence and amending it They acquit Emilio Grabiél Villon Espinoza on the following grounds: There is no i) author (within the national doctrine and / or comparative) ii) Law or iii) Binding criminal jurisprudence that has developed the theory of participant in the crime (primary accomplice, secondary accomplice and / or instigator). In conclusion, the only thing that our modern finalist theory accepted by all our national doctrine admits is the probative value of the reference witness, who has no source of information in Oral Trial; During the development of the work, some deficiencies were found in the analysis and application of our criminal law.

Starting from that premise through the present we will allow ourselves to carry out an analysis of how the process has been carried out; that is, if they have been developed under the principles of the jurisdictional function, as well as within the parameters of the Law, which is what in our essence as part of the Legal System concerns us.

Keywords: File, Sentence, Appeals Chamber.

3. Marco teórico del tema del expediente:

3.1. Bases teóricas del hurto agravado:

3.1.1. Factores de criminalidad:

a) Factores de criminalidad y contexto social:

Es importante considerar, que para realizar un estudio de los factores que provocan la variación del índice de criminalidad tener en cuenta en primer lugar que:

Para Zaffaroni (2006) refiere que:

La civilización industrial padece de una incuestionable cultura bélica y violenta. Aunque hoy no se lo dice en la teoría penal como otrora se hizo, buena parte de la comunicación masiva y de los operadores del sistema penal tratan de proyectar el poder punitivo como una guerra a los delincuentes (p. 17).

De la información anterior se puede inferir que las sociedades en la actualidad, van luchando contra la criminalidad de manera confrontacional, sin importar (salvo el estudio criminológico de cada delito si es que lo tiene) las causas de la variación de los índices de criminalidad; vale decir, que a pesar que las normas se promulgan en base a un estudio criminológico previo (al menos eso es lo ideal), las circunstancias de los sucesos delictivos no obedecen siempre a un mismo patrón criminológico, siendo varios los factores que influyen; por eso, el índice de criminalidad puede tener ascensos o descensos en de acuerdo a la dinámica social, por lo que se hace necesario conocerlos.

El prestigioso sociólogo Guidden (1998) concluye que:

Al estudiar la variación del índice la criminalidad, es investigar respecto a la variación del índice de la delincuencia en un determinado espacio geográfico y tiempo determinado (p. 78)

Uno de los enfoques más importantes para comprender la delincuencia se denomina teoría del etiquetaje. En esta teoría las definiciones de criminalidad las hacen los poderosos mediante la formulación de leyes y la interpretación de las mismas por

parte de la policía, los tribunales y las instituciones correctoras. Calificar (etiquetar), ciertas actividades de este modo no es un acto del todo arbitrario; las diferencias en la socialización, las actitudes y las oportunidades influyen en el grado de participación de las personas en comportamientos susceptibles de etiquetarse como desviados (Guiddens A. 1998, p. 239).

Este aporte desde el punto de vista de la Sociología, permite asumir que la variación de la criminalidad, está referido a realizar conductas prohibidas por la ley, que al realizarlas más que infringir la ley, lo realiza en base a patrones de comportamiento o factores que influyen para tal hecho. La situación es que dichos factores van influyendo para incrementar o disminuir el índice de criminalidad. Por ello, Guiddens también indica que: “El índice de criminalidad entre los hombres jóvenes está muy relacionado con el desempleo. Algunos autores han señalado que las altas tasas de paro están empezando a crear una nueva categoría de delincuentes profesionales”. (Guiddens A, 1998, p. 260). En este caso, indica que uno de los factores que implica la variación de la criminalidad es el desempleo, es decir, que la falta de trabajo y la carencia de recursos para quien lo necesita sería un factor importante para provocar caer en el hecho de delinquir en el robo, por ejemplo.

Los hechos relacionados con la variación del índice de criminalidad, no debe descuidar considerar que “la delincuencia conocida por la policía debería ser una fuente de información sobre la realidad delictiva en un contexto dado. Además su manejo por parte de los operadores políticos tendría que ser imprescindible para fundamentar las propuestas políticos-criminales” (García, 2015, p. 285). Esta afirmación de la penalista internacional española, permite tener en cuenta, que sí es importante la necesidad de conocer los factores que tienen relación con la criminalidad, su variación y realidad, de tal forma que permita en base a un conjunto de datos estadísticos realizar una proyección útil para planificar estrategias que permitan llevar a la realidad una política criminal de acuerdo al contexto social.

Por eso, en cada sociedad o formación económica social, el tipo de estructura socio-económica influye en la orientación y características de las diversas instituciones de dicha sociedad, desde la familia hasta el Estado; así como el conjunto de ideas, ya sea desde las creencias hasta el conocimiento científico y las razones ideológicas.

En tal contexto macro social (estructural y súper estructural), es que ocurren las múltiples acciones micro sociales, tales como las interrelaciones familiares, laborales y educacionales, entre otras, que son calificadas de normales o desviadas, según criterios preestablecidos (Solis Espinoza, 2004, p. 286).

De las afirmaciones indicadas por Solis Espinoza se puede inferir que de una u otra forma, las diversas actividades y relaciones que se dan en un contexto social, influye para la realización de desviaciones (delitos), los mismos que pueden variar por razones de un contexto social determinado.

Es importante también considerar que la variación de los índices de criminalidad se da dentro de un orden social determinado; para ello es menester considerar que:

Según Welzel (2011) sostiene que:

“Un orden social es solo Derecho, si es más que la manifestación de una determinada relación de poder; es decir, si en él se contiene el intento de hacer realidad lo justo y adecuado bajo las condiciones y supuestos de un momento histórico. Solo desde este punto de vista puede un orden social enfrentarse con el individuo, no solo con la coacción sino con la pretensión de obligarle en conciencia (p. 163).

Como se puede teorizar a partir de las afirmaciones de Welzel, si bien es cierto que el Derecho tiene como finalidad definir cuál es lo justo o injusto, es preciso mencionar que el contexto social en un momento dado también es preponderante para la manifestación de la criminalidad; es decir, el momento histórico tiene relación con la comisión de delitos; aunque no se debe descartar que “la variación de la criminalidad no solo se puede deber al incremento de hechos delictivos, sino también a que hay más personas que no han callado que han sido víctimas de la delincuencia” (García, 2015, p. 285).

b) Teoría de los sistemas socio – culturales:

La sociedad en un contexto determinado responde a su espacio y tiempo, siendo estos cambiantes de acuerdo a una diversidad de factores que van modificando las relaciones entre personas, entre sociedades y entre estados.

En el caso de esta investigación, es necesario resaltar que la criminalidad del delito de robo y hurto, se estudiará con visión del contexto de la ciudad de Cajamarca, durante los años 2013 al 2015. Para ello, es necesario es menester comprender que “un sistema es el conjunto de componentes vinculados entre sí por una relación de causa efecto, ubicados dentro de una estructura que posee organización” (Mejía Valera, 2009, p. 65).

Entonces, la criminalidad de cualquier delito, en este caso del robo y del hurto, sucede dentro de un sistema social que posee organización porque Cajamarca pertenece a un Estado constitucionalmente reconocido y con relaciones sociales, políticas y económicas debidamente legisladas. En la actualidad, los sistemas socio – culturales, además de la educación y la economía, existen otros factores determinantes para las diferentes conductas de las personas; por eso:

Por su parte García Herreros (2010) refiere que:

No se debe perder de vista que tanto educación como economía sirven únicamente como medios para satisfacer la necesidad conservativa; por tanto, no son en sí mismos determinantes de la actividad antisocial, pues, ésta, en el individuo normal, lo está por la interpretación que haga de las facilidades que suministra la organización social, de acuerdo con la relación individuo-necesidad-organización social (p. 198).

De esto se desprende que los sistemas socios culturales, son la consecuencia de múltiples elementos, los mimos que pueden ser “componentes, estructura, organización, metas, tensiones, desviaciones y retroalimentación” (Mejía Valera, 2009, p. 66).

c) Teorías que explican el índice de criminalidad:

Existen diversas teorías que explican la variación del índice de la criminalidad, en este trabajo se consideran las que se consideran son: las que se centran exclusivamente en los fenómenos y procesos de nivel macro (exclusivas); las que se aplican al nivel macro, pero tienen reflejos a nivel individual (mixtas) y; las ratifican principios explicativos del nivel individual para la explicación de los

agregados (ratificadas) (Tittle, 2000, p. 22).

d) Teorías del nivel macro – exclusivas:

Teniendo en cuenta las investigaciones hechas por un colectivo de la Universidad de Chicago, respecto a por qué las ciudades tenían tasas de criminalidad más altas que los lugares más pequeños, al mismo tiempo que también investigaron el por qué ciertos barrios y comunidades en esas ciudades persistentemente presentaban tasas de criminalidad y delincuencia más altas que otros. Estas teorías sostienen que:

Las ciudades había más criminalidad (y otras “patologías”) que en sitios más pequeños y restringidos porque las grandes cantidades, la heterogeneidad y los rápidos movimientos y traslados de población hacen difícil el hecho de que las personas puedan establecer relaciones estrechas capaces de refrenar las malas conductas. Las tasas de criminalidad de los barrios y las comunidades dentro de las ciudades también fueron teorizadas como un reflejo de las variaciones en la ciudad en cuanto a la heterogeneidad y el movimiento de la población, sin embargo, el deterioro económico fue sustituido por la magnitud de la población como la principal variable estructural que afecta a los procesos intercomunitarios (Tittle, 2000, p. 23).

Como se puede deducir esta Teoría indica la variación de los índices de criminología en un mismo tiempo, pero teniendo en cuenta diferentes contextos, vale decir la diferencia por zonas en una ciudad; al mismo tiempo, existe información implícita referente a las condiciones socioeconómicas.

e) Teorías mixtas:

Es necesario indicar que cada una de las teorías, tienen un enfoque determinado, de acuerdo a la realidad; por ello la teoría anterior fue diseñada para ser aplicadas exclusivamente a unidades de nivel macro, pero de manera colectiva. Sin embargo, las Teorías Mixtas, contienen principios explicativos para dar cuenta simultáneamente de las diferencias en las conductas criminales entre los individuos, las situaciones, las categorías sociales y las sociedades (Tittle, 2000, p. 27).

Dentro de esta teoría, se puede considerar la Teoría de la Anomia, la misma que:

Es la teoría criminológica más influyente de todos los tiempos sea la formulada por Merton (1938, 1957). Su formulación de la anomia se inspiró en las observaciones de Durkheim acerca del suicidio y su aumento en los períodos de turbulencia social o cambios rápidos, cuando se rompen las normas que guían la conducta de las personas. Merton extendió esta noción de ausencia de normas y la aplicó a sociedades en las cuales las metas no son consistentes con las realidades objetivas de la vida. Este autor afirmó que las entidades sociales pueden ser clasificadas en función de sus énfasis relativos a las metas que sus miembros deben procurar alcanzar en comparación con los medios disponibles o aceptados para alcanzar esas metas. Una clasificación cruzada nos da cuatro tipos de sociedades, uno de los cuales está bien equilibrado o integrado (sociedades no anómicas) y tres de los cuales están mal integrados o desequilibrados (sociedades anómicas). Las sociedades anómicas sobrevaloran (Tittle, 2000, p. 28).

3.1.2. Delitos contra el patrimonio:

Para hablar de los delitos contra el patrimonio, en primer lugar, es necesario, tener en cuenta la visión jurídica respecto al patrimonio, respecto al cual Donna indica:

En la concepción jurídica del patrimonio, lo importante es la relación jurídica que vincula al sujeto con la cosa. Se dirá, entonces, que el patrimonio está integrado por los derechos subjetivos patrimoniales de la persona, ya sean reconocidos por el Derecho Público o por el Privado, y no por las expectativas, ni las cosas que se detentan sin contar con la protección del Derecho. Por el contrario, sí lo integran las cosas privadas de valor económico, pero dotadas de valor afectivo (Donna, 2001, p. 11).

Es decir, que la concepción jurídica tiene mayor relación con la protección del derecho; en otras palabras, la concepción jurídica “considera que el patrimonio es el conjunto de las relaciones jurídicas, derechos, obligaciones y situaciones jurídicas, debidamente determinados por los derechos subjetivos” (Paredes Infanzón, 2013, p. 10).

Los delitos contra el patrimonio, teniendo en cuenta el Código Penal y lo indicado por la Academia de la Magistratura son: “Delito de robo, Apropiación ilícita, Estafa, Extorsión, Fraude en la administración de personas jurídicas” (AMAG, 2000, p. 51).

De los delitos indicados, en el presente trabajo investigación, se desarrollará lo referente a los delitos de hurto y robo. Desde una concepción económica, el patrimonio es:

El patrimonio, en este caso, es el conjunto de bienes y posiciones económicamente valorables de una persona, sin importar que se encuentren o no reconocidos jurídicamente como derechos. Para la concepción económica, el patrimonio es el conjunto de bienes que se encuentran bajo el poder fáctico de una persona, con independencia de que su relación con ellos se concrete o no en un derecho, o de que sea o no susceptible de reconocimiento jurídico (Donna, 2001, p. 12).

La concepción económica, según la cita anterior, hace referencia al valor económico de la persona. Desde la concepción mixta, el patrimonio hace mención a los bienes y los derechos, así como de la protección que estos tienen.

Por ello, los tratadistas para superar las deficiencias conceptuales de las posiciones anteriores, han conjugado los factores jurídicos y económicos y de ese modo se ha construido la concepción mixta. Para esta teoría vendría a constituir patrimonio de una persona todos aquellos bienes con valor económico y reconocidos o protegidos por el derecho.

En tal sentido, Salinas Siccha (2015) sostiene que:

Se incluyen en el patrimonio de una persona solo los bienes que son valorados económicamente pero siempre que estén en su poder en base a una relación jurídica tutelada por el derecho. Esta es la teoría actualmente dominante (p. 947).

Otra de las concepciones respecto al patrimonio es la llamada concepción personal del patrimonio, respecto a ello, Donna, citando a Gladys Romero, menciona lo siguiente:

El patrimonio debe considerarse como una unidad personalmente estructurada que garantiza el desarrollo de la personalidad en el ámbito de los objetos. Por eso, se afirma que: lo que caracteriza el concepto personal de patrimonio consiste, sobre todo, en el reconocimiento de la finalidad económica individual y las posibilidades de acción del titular del patrimonio, poniendo de manifiesto que en los delitos patrimoniales no se lesiona cualquier acopio de bienes con valor monetario perteneciente a alguien, sino a la persona a la que corresponde el patrimonio y, además, se la lesiona en su ámbito económico individual de acción, esto es, en los fines perseguidos con sus actos de disposición (Donna, 2001, p. 14).

Teniendo en cuenta las cuatro concepciones, lo que se puede generalizar, es que al referirse al patrimonio tiene relación con lo que dispone la persona visto desde los derechos reales.

3.1.2.1. Hurto:

En forma general, se puede indicar que el delito de hurto, es un delito contra el patrimonio; por lo que para que se cumpla se debe tener en cuenta lo siguiente:

El hurto constituye el tomar una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño; debe existir un apoderamiento, que presupone una situación de disponibilidad real anterior que se vulnera tomado el agente un posición igual en todo a la de un propietario, pero sin reconocimiento jurídico afectándose el proceder de disposición real del propietario; que el objeto sobre el cual recae la acción sea un bien mueble ajeno; que exista dolo (elemento subjetivo del tipo), esto es voluntad consciente de desarrollar el tipo de injusto; por último además se exige el animus de obtener un provecho, que no es otra cosa que la intención de obtener un beneficio que resulta de la incorporación de la cosa en el propio patrimonio (Villavicencio Terreros, 2009, p. 305).

Otra forma de definir, es indicar que “el hurto consiste en la acción de tomar una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño con ánimo de lucro, sin violencia, sin intimidación y sin fuerza en las cosas” (Oliver Calderón, 2011, p. 8).

Donna, citando a González Rus, respecto al hurto manifiesta lo siguiente:

En el hurto, la característica viene dada por el hecho de que el sujeto activo se apodera (toma, sustrae) una cosa mueble del sujeto pasivo, trasladándola materialmente de la esfera de disposición de éste a la suya propia, con una especie de clandestinidad, esto es, sin que el sujeto pasivo oponga resistencia (Donna, 2001, p. 16).

Además, cuando se menciona respecto al hurto, para definirlo, incluso desde las primeras regulaciones, como es en el Código de Baviera, se indica que el hurto se realiza sin oposición del afectado y sin violencia de quien comete el delito; es decir, la definición del hurto supone: 1) una cosa mueble, porque las inmuebles e incorporales no son susceptibles de hurto; 2) cosa de otro, porque no puede cometerse hurto en las cosas propias; 3) toma de posesión o sustracción, porque la retención de una cosa ya poseída es un crimen sui generis; 4o) acto de violencia, porque el hurto con violencia es también un crimen particular; 5o) falta de consentimiento del que tenga derecho a la cosa, esto es, del dueño o simple poseedor; 6o) la intención, en fin, de apropiarse maliciosamente la cosa ajena, *animus rei sibi habendi* (Donna, 2001, p. 18).

En el Código Penal Peruano, el hurto está regulado bajo el artículo 185, que prescribe:

El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparán a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.

a) Elementos objetivos:

Es necesario recalcar que actualmente se entiende que se configura el delito de hurto denominado básico cuando el agente se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra con la finalidad de obtener un provecho económico, siempre y cuando no haya utilizado

violencia o amenaza contra las personas. Lo primero que salta al entendimiento es la concurrencia de tres verbos rectores que caracteriza al delito de hurto básico: Apoderar, sustraer y aprovechar. Si alguno de estos verbos falta en determinada conducta que lesiona el patrimonio de la víctima, aquella no constituirá el delito de hurto bajo ninguna de sus modalidades (Salinas Siccha, 2015, p. 953-954).

Se puede indicar que la acción de apoderar, hace referencia cuando quien comete el delito se apodera, se apropia o adueña de un bien mueble, respecto al cual no tiene derecho ni de posesión ni de propiedad; es decir, es sustraído del círculo de influencia o protección de quien lo tenía antes.

Respecto a la sustracción, se entiende a todo acto que realiza el agente para arrancar o alejar el bien mueble de la esfera de dominio de la víctima. Se configura con los actos que realiza el agente con la finalidad de romper la esfera de vigilancia de la víctima que tiene sobre el bien y cogerlo para luego desplazarlo a su esfera de dominio. Objetivamente, debe haber actos de desplazamiento por parte del agente del bien objeto del hurto, caso contrario el delito no aparece. No habrá hurto, por ejemplo, cuando el agente se apodera o adueña de los caballos del vecino que solo se pasaron a su esfera de dominio (Salinas Siccha, 2015, p. 957).

Respecto a los sujetos en el delito de hurto, el sujeto activo hace referencia al autor del delito, en este delito puede ser cualquier persona, o sea no tiene una especificación especial como en algunos delitos.

El tipo penal que nos ocupa no exige característica particular alguna en el autor, por lo que cualquier persona puede ser sujeto activo de hurto, cualquiera que sea capaz de realizar el acto de apoderamiento (Donna, 2001, p. 44).

El sujeto pasivo, es cualquier persona natural o jurídica, que posee o de la propiedad de un bien mueble.

Tampoco exige el tipo particularidad alguna en el sujeto pasivo, por lo que cualquier persona que detente la posesión o tenencia sobre la cosa, con las características antes enunciadas, puede ser sujeto pasivo de un hurto, aunque la tenga bajo su poder por un acto de apropiación ilegítima, o viciado por error, abuso

de confianza, clandestinidad, compulsión, fraudulencia o caso fortuito.

Algunos autores distinguen al sujeto pasivo del delito, que ha de ser siempre el titular del derecho de propiedad, aunque el sujeto pasivo de la acción (o persona a quien se sustrae la cosa) pueda no coincidir con el propietario, como sería el caso de un mero poseedor o tenedor de la cosa (Donna, 2001, p. 45).

b) Elementos subjetivos:

Es menester indicar que el delito de hurto: Se trata de un injusto penal netamente doloso, es decir, el agente debe actuar con conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos típicos, tales como apoderarse ilegítimamente de un bien total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo de la esfera de dominio de la víctima con la finalidad de obtener provecho económico. No cabe la comisión culposa (Salinas Siccha, 2015, p. 966).

Visto desde un punto de vista más explicativo, se puede mencionar que cuando se refiere al delito de hurto, nadie puede tener la condición de culposo, porque para ello debe, por ejemplo, estar en una omisión, entonces es ilógico indicar que puede haber una omisión para apoderarse de un bien ajeno.

Para Donna (2001) está claro que:

El dolo del autor del delito de hurto debe tener la intención de sacar la cosa del ámbito ajeno y entrarla en el propio. Esto es, desapodera, para apoderarse, de manera que quien se apodera para destruir la cosa sólo comete el delito de daño, y quien se apodera para hacer una broma, no comete hurto. Esto lleva a que el tipo penal de hurto exija dolo directo, pues el sujeto, conociendo las circunstancias objetivas, busca como finalidad el apoderarse de la cosa, es decir, que se descarta la posibilidad de dolo eventual y menos aún del obrar culposo (p. 45).

c) Bien jurídico protegido:

En forma general, se puede indicar que el bien jurídico protegido es el patrimonio, sobre todo la propiedad, es decir, El bien jurídico protegido en el delito de hurto es

la propiedad, aunque la cuestión no es tan clara, motivo por el cual merece que sea aclarada. En principio sólo se protege, en este caso, la propiedad sobre cosas muebles, aunque vale aclarar que ello no significa que, como consecuencia del apoderamiento, el derecho quede destruido, puesto que mientras la cosa exista, la propiedad se mantiene incólume. De manera que no es tan cierto que sea la propiedad el bien jurídico protegido.

Señala Frías Caballero que el delito de hurto vulnera un vínculo de poder efectivo, fáctico, positivo y real, que liga a las personas con las cosas que tienen consigo. Este vínculo se extiende no sólo a las cosas con las que la persona se halla en inmediato contacto, sino a las que se hallan dentro de la llamada esfera de custodia o de vigilancia, o dentro de la esfera de actividad patrimonial, e incluso a las que están expuestas a la fe pública, en tanto ostenten de algún modo, por el lugar, por la índole del objeto o por la forma en que se hallan, signos manifiestos del señorío físico de alguien y que no son, por consiguiente, cosas perdidas (Donna, 2001, p. 21-22).

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anterior, el bien jurídico protegido es la propiedad, porque ello significa que la persona no debe ser privada de tener, disfrutar o disponer de lo que le pertenece.

A partir de ello, es necesario considerar que para establecer el bien jurídico que se protege con el delito de hurto simple o básico, es punto de controversia en la literatura penal peruana, así como en la extranjera. Dos son las posiciones no conciliables. Para algunos tratadistas, se pretende proteger el derecho a la posesión (Bramont – Arias Torres, García Cantizano y Paredes Infazón), en tanto que, para otros, se pretende amparar el derecho de propiedad (Ángeles – Firsancho Rosas, Rojas Vargas, Villa Stein), aun para algunos menos se pretende proteger el derecho de propiedad como el de posesión (Roe Freyre) (Salinas Siccha, 2015, p. 965).

d) Clases de hurto:

El hurto en la legislación peruana se clasifica en Hurto Simple, Hurto Agravado y Hurto de Uso.

El hurto simple es el más antiguo y característico delito patrimonial, y por tanto, el primero que se encuentra en el Código Penal, lo constituye el delito de hurto simple previsto en el artículo 185 (Salinas Siccha, 2015, p. 953).

El artículo mencionado prescribe: El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparán a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.

El hurto agravado, hace referencia cuando el hurto se da con agravantes de razón de circunstancia de modo, tiempo, utilización de medios. Por ello, en el artículo 186, al hacer mención respecto a este delito, indica lo siguiente: El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

- Durante la noche.
- Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
- Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
- Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero.
- Mediante el concurso de dos o más personas.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido: -En inmueble habitado.

- Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
- Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

Respecto al Hurto de Uso, Salinas Siccha indica que, el hurto de uso no tiene antecedentes en la legislación peruana; por ello, citando a Rojas Vargas, indica que el hurto de uso, conocido también como hurto de uso impropio, ingresa así en el

Código Penal Peruano para racionalizar, relativamente, la aplicación del hurtocomún a supuestos de hecho de mínima ilicitud penal. La frecuencia de hurtos, de bienes muebles con la finalidad de obtener un provecho temporal, justifica lapresencia del artículo 187 (Salinas Siccha, 2015, p. 1005), el mismo que prescribe:

-El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer uso momentáneo y lo devuelve será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año.

3.1.2.2. Robo:

En el caso del delito robo, es importante mencionar, en un primer momento que, a diferencia del hurto, el apoderamiento del bien implica además de ello, la violencia.

La diferencia entre el hurto y el robo es en realidad sustantiva, pues mientras el primero de ellos solo significa actos de apoderamiento sobre el bien, el segundo de ellos manifiesta una conducta de mayor peligrosidad objetiva, en tanto el autor o tiene reparo algo de vencer la defensa de la víctima, mediante el uso de la violencia, de la fuerza, que puede desencadenar en un resultado más grave al querido por el agente.

Para Peña (2009) sostiene que:

La fuerza en el hurto no necesariamente se da sobre los objetos, pues lo que califica como tal, según el artículo 185 del Código Penal, es la destreza que pone en movimiento el autor para apoderarse del bien. Claro está, que la ausencia de la violencia o de la grave amenaza, hace reconducir el hecho al tipo penal de hurto (p. 216).

Es preciso mencionar que en el expediente N° 2221-99 Lima, se ha establecido que:

El delito de robo consiste en el apoderamiento de un bien mueble, con animus lucrandi, es decir de aprovechamiento y sustracción del lugar donde se encuentre, siendo necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima (vis absoluta o vis corporalis y vis compulsiva), destinadas a posibilitar la sustracción del bien, debiendo ser estas actuales e inminentes en el momento de la consumación del evento y gravitar en el resultado (Salinas Siccha, 2015, p. 1017).

a) Elementos objetivos:

En los elementos objetivos, se puede mencionar respecto al sujeto activo y sujeto pasivo lo siguiente:

En cuanto al aspecto objetivo del delito de robo, debemos indicar en primer lugar que se trata de un delito común pues sujeto activo del delito puede serlo cualquier persona.

La conducta prohibida del delito de robo, prevista en el artículo 188 del Código Penal, tiene los siguientes elementos: Apoderamiento ilegítimo, Sustracción del bien, Bien mueble, Ajeneidad Violencia o amenaza (AMAG, 2000, p. 53).

El sujeto activo puede ser cualquier persona, el tipo penal no exige una cualidad especial para ser considerado autor, basta con que cuente con capacidad psico-física suficiente; en el caso de ser un menor de edad, será calificado como infractor penal, siendo competente la justicia especialidad de familia (Peña Cabrera Freyre, 2009, p. 220), porque ello está configurado en la legislación peruana vigente.

De la redacción del tipo penal del artículo 188, se desprende que no se exige la presencia de alguna cualidad especial en el sujeto activo o agente del delito de robo por lo que, sin duda, autor puede ser cualquier persona natural. La única condición que se establece en la hermenéutica es que el agente no sea el propietario exclusivo del bien, pues el bien objeto del delito debe ser total o parcialmente ajeno. Esta última circunstancia también orienta que fácilmente un copropietario o coheredero pueda constituirse en sujeto activo del delito de robo y ello solo podrá ocurrir, siempre y cuando, aquel copropietario no ostente la posesión del bien mueble. Si por el contrario, tiene la posesión del bien no habrá robo, pues no se habrá materializado la sustracción violenta o bajo amenaza (Salinas Siccha, 2015, p. 1031).

Respeto al sujeto pasivo o víctima de robo, este puede ser propietario del bien mueble o, atendiendo a los diferentes tratadistas, que sea poseedor el bien (legalmente), a la hora que lo sustraen el bien.

El delito de robo trae una particularidad en este aspecto, de conformidad con su naturaleza pluri-ofensiva; sujeto pasivo será en definitiva el titular del bien mueble que es objeto de sustracción por parte del agente, con arreglo a la denominación que se glosa en el Título V del Código Penal. Sin embargo, la acción típica que toma lugar en la construcción típica, importa el despliegue de violencia física o de una amenaza inminente para la vida o integridad física, por lo que en algunas oportunidades, dicha coacción puede recalar en una persona ajena al dueño del patrimonio, que es apoderada por obra del autor (Peña Cabrera Freyre, 2009, p. 220).

b) Elementos subjetivos:

El robo es un delito doloso por naturaleza, debido a que como en el hurto, no puede haber culpa en la acción de apoderarse con intención del bien propiedad de otra persona. Por eso:

En lo que respecta al aspecto subjetivo del tipo, se exige que el agente actúe con dolo, esto es con consentimiento y voluntad. Pero el delito de robo exige además un elemento subjetivo especial, específicamente una especial intención, esto es que el agente actúe con el objetivo de aprovecharse del bien. El llamado *animus lucrandi*. Siendo una especial intención el aprovecharse del bien debe estar presente en la finalidad del agente, pero no se requiere que se plasme en la realidad, así habrá delito de robo cuando el agente se llevó el televisor de una vivienda luego de golpear a su propietario, aun cuando no haya llegado a venderlo para obtener dinero por él (AMAG, 2000, p. 56).

Bien jurídico protegido:

Respecto al bien jurídico protegido, en forma general es el patrimonio, indicando que: Si se parte , que el robo al igual que el hurto constituye un atentado contra el patrimonio, contra los derechos reales inherentes a la propiedad, cuando se produce el desapoderamiento del bien mueble; debemos agregar algo más en el caso del robo, pues es verse que el plus de disvalor radica, en que la sustracción del bien se realiza mediando violencia y/o amenaza grave sobre las personas, por lo que la libertad, la vida, el cuerpo y la salud también son objeto de tutela de este tipo penal

(Peña Cabrera Freyre, 2009, p. 218).

También es preciso mencionar que el delito de robo, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido es pluriofensivo, porque afecta a varios derechos. Por ello, la Academia de la Magistratura en su publicación de delitos contra el patrimonio menciona que:

En cuanto al bien jurídico protegido debemos indicar que el delito de robo es un delito pluriofensivo, pues concurren diversos bienes jurídicos, así tenemos: El patrimonio. La vida o salud; en el caso que medie violencia; y la libertad de la persona - en el caso que medie amenaza. Se ha concebido también como un delito complejo, pues concurren varios hechos que están vinculados por una determinada relación jurídica. Efectivamente en este delito además de afectar el patrimonio de una persona, debe desarrollar la conducta mediante violencia o amenaza. El patrimonio debemos entenderlo como el bien que tiene un valor económico, mediante una relación entre dicho bien y la persona, la cual tiene una protección jurídica (AMAG, 2000, p. 52).

El robo, entonces es un delito pluriofensivo, porque al momento de la comisión del delito, hay otros derechos que se vulneran, por ello, para ser más explicativos, se puede mencionar que: La acción de robo con violencia en las personas produce también lesiones corporales: ¿debe aplicarse sólo la pena del robo o es posible también aplicar la de las lesiones?) O si el autor ha realizado varias acciones que independientemente unas de otras se adecúan a más de un tipo penal (por ejemplo: el autor mata al guardia y luego realiza las acciones de un robo). ¿Qué pena es aplicable? En el primer caso se habla de concurrencia ideal, mientras en el segundo se habla de concurrencia real o material (Bacigalupo, 1996, p. 239).

Es decir, que, al existir violencia, a diferencia del hurto, se agrede otros derechos, como la integridad física, psicológica, entre otros, además del patrimonio.

c) Clases de robo:

En la legislación peruana se diferencia dos clases de robo: robo simple y robo agravado.

El robo simple, hace referencia al tipo básico de la comisión del delito, considerando lo que señala el expediente N° 253-2004-Ucayali, en el cual se menciona que:

El robo es un delito en el cual se trasgreden bienes de tan heterogénea naturaleza, como la libertad, la integridad física, la vida, el patrimonio entre los bienes jurídicos, lo que hace este injusto tener un delito complejo, siendo un conglomerado de elementos típicos en la que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí, formando un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo (Villavicencio Terreros, 2009, p. 536).

En el Código Penal Peruano, en el artículo 188, el delito de Robo tipo básico, el mismo que hace referencia al robo simple, prescribe:

El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

El robo agravado, es cuando concurren agravantes que menciona el Código Penal, por eso:

Al robo agravado como aquella conducta por la cual el agente haciendo uso de la violencia o amenaza sobre su víctima, sustrae un bien mueble total o parcialmente ajeno y se apodera ilegítimamente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, concurriendo en el accionar alguna o varias circunstancias agravantes previstas expresamente en nuestro Código Penal. El robo agravado exige la verificación de la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos de la figura del robo simple, luego debe verificarse la concurrencia de alguna agravante específica, caso contrario, es imposible hablar de robo agravado. Como lógica consecuencia el operador jurídico al denunciar o abrir proceso por el delito de robo agravado, en los fundamentos jurídicos de su denuncia o auto de procesamiento, primero deberá consignar el artículo 188 y luego el o los incisos pertinentes del

artículo 189 del Código Penal. Actuar de otro modo, como hemos tenido oportunidad de ver en la práctica judicial de solo indicar como fundamento jurídico algún inciso del artículo 189 sin invocar el 188, es totalmente errado, pues se estaría imputando a una persona la comisión de una agravante de cualquier otro delito, pero no precisamente del delito de robo (Salinas Siccha, 2015, p. 1017).

El robo agravado está tipificado en el Código Penal Peruano, en el artículo 189, el mismo que prescribe:

- La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: En inmueble habitado.
- Durante la noche o en lugar desolado. A mano armada.
- Con el concurso de dos o más personas.
- En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.
- Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.
- En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.
- Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

- Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.
- Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.
- Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

3.1.2.3. Hurto agravado:

(Salinas, 2008) refiere que objetivamente para estar ante una figura delictiva de Hurto Agravado, se requiere la totalidad de la presencia de los elementos del Hurto Básico, menos el elemento de “valor pecuniario” indicado expresamente solo para el hurto simple por el artículo 444 del código penal. Se exige sustracción del bien de la esfera de protección de su dueño poseedor; apoderamiento ilegítimo del bien por parte del sujeto activo; bien mueble total o parcialmente ajeno; con valor patrimonial, la finalidad de obtener un provecho indebido que debe inspirar al agente y el Dolo. (p. 875)

La sala Penal de apelaciones de la Corte Superior de Lima, por resolución del 11 de junio de 1998 afirma “que el tipo penal define el hurto agravado y exige como presupuestos objetivos: La presencia de un bien mueble; que el agente se apodere ilegítimamente de un bien mueble para obtener un provecho; que exista sustracción del bien del lugar donde se encuentre; que dicho bien sea total o parcialmente ajeno; además del elemento subjetivo del Dolo, es decir la conciencia y voluntad de la realización de todo los elementos objetivos y ánimo de lucro.

(Fontan, 2002) señala que el Código Argentino define el hurto como el hecho de apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajeno. Esta fórmula, que en lo esencial aparece en la mayoría de los códigos contemporáneo protege no solamente la propiedad, sino también la posesión y tenencia de las cosas muebles. Podría decir se que la ley prescinde, en general, del título por el cual el autor tiene la cosa, haciendo prevalecer a la circunstancia de que la cosa sea ajena para quien ejecuta la acción de apoderamiento (p. 405)

(Damianovich, 2000) son agravantes del hurto: 1) los que, con ánimo de lucrarse, y sin violencia o intimidación a las personas, ni fuerza en las cosas, toman las cosas muebles ajenas sin voluntad de su dueño. 2) Los que encontrándose una cosa perdida se la apropien con intención de lucro. 3) Los dañadores que sustrajeron o utilizaren los frutos u objetos del daño causado en la cuantía señalada en este capítulo. (p. 55).

a) Bien jurídico tutelado:

(Hurtado, 2005) afirma que: “el bien jurídico es todo valor que, según el legislador,

constituye una condición necesaria para la vida comunitaria normal; es decir, los bienes jurídicos son una creación del legislador” (p. 15)

(Alcacer, 2004) refiere que: El fin del derecho no es proteger esferas individuales de libertad, sino, en primer lugar, mantener vigentes las convicciones morales de la comunidad; sólo dentro de este fin superior cabe la protección de bienes jurídicos” (p. 48)

(Fontan, 2002) Concluye que la figura del Hurto protege la tenencia de la cosa, por tenencia se entiende el poder material sobre la cosa, que permite la disposición de ella, también materialmente, aunque sea por breve tiempo. (p. 405)

b) Tipicidad objetiva:

Dentro de los elementos objetivos del tipo son: i) los elementos normativos, ii) los elementos descriptivos, entre otros.

c) Sujeto pasivo:

(Salinas, 2008) Puede ser cualquier persona natural o jurídica poseedora o propietaria del bien mueble, no se exige ninguna condición especial. (p. 866).

d) Sujeto activo:

(Salinas, 2008) Señala que el sujeto activo, autor o agente del delito de hurto simple puede ser cualquier persona natural, nunca jurídica. (p. 866).

e) Consumación:

(Bramont, 2002) Concluye que: ha de admitirse la consumación en el momento en el que el sujeto activo tiene la disponibilidad del bien mueble”. (p. 295).

f) Penalidad:

De presentarse cualquiera de las hipótesis previstas en los primeros seis incisos del artículo 186, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. En tanto que, si se presentan los supuestos de los cinco siguientes incisos, la

pena será privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho. Mientras que si se verifica la agravante prevista en la última parte del artículo 186, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de quince años.

g) Descripción legal

Hurto Simple:

Artículo 185° del código penal: prescribe que “El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparán a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación”.

Hurto agravado:

Artículo 186° del código penal prescribe que: “El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido:

1. Durante la noche.
2. Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos.
3. Con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad pública o desgracia particular del agraviado.
4. Sobre los bienes muebles que forman el equipaje del viajero.
5. Mediante el concurso de dos o más personas.

La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido:

1. En inmueble habitado.
2. Por un agente que actúa en calidad de integrante de una organización destinada a perpetrar estos delitos.
3. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

3.1.2.4. Realidad social y los delitos contra el patrimonio (hurto y robo):

Es necesario para comprender la realidad social y la actitud delictiva respecto al hurto y robo, que en primer lugar se desarrolle aspectos generales respecto a la criminalidad relacionada con la dinámica social; porque a pesar que existen teorías respecto a cómo y por qué suceden los delitos, también es cierto que no se ajustan a la realidad de manera total; por ello, es necesario mencionar a Montani (1984), citado por Prado Saldarriaga “también en el campo de la criminología, vale más que nunca, la constatación general que cada teoría, cada ideología, tiene en sí mismas verdades y excesos, así que el progreso verdadero no podrá hacerse más que de la aceptación, de los puntos verdaderos y del rechazo de los excesos y de los radicalismos, algunos de los cuales pueden surgir y surgen debido a los propios factores criminógenos” (Prado Saldarriaga, 2016, p. 28). En función a esto se puede afirmar que si bien es cierto existen teorías que explican la razón por las cuales se delinque, en el caso de esta investigación respecto al hurto y robo, también es cierto que existen factores propios de cada localidad, como por ejemplo de Cajamarca. Vale decir, que los factores o elementos criminógenos que mueven a las personas para hurtar y robar en cualquier parte del mundo es la misma, no se debe olvidar que cada contexto social, de acuerdo a su dinámica va generando conductas criminales que son diferentes de un lugar a otro.

Por ejemplo, Mannheim sostiene que:

Tanto la pobreza y la riqueza pueden conducir a la delincuencia; diferencias de motivación de la delincuencia (hay formas de delincuencia que tienen mucho que hacer o nada que ver con la pobreza o la riqueza) no debe conducir a una falta de cargos teoría de la coherencia, ya que, de lo contrario, sería acusado de confusión conceptual un cardiólogo, cuando dice que la enfermedad cardíaca puede originarse de un sobre esfuerzo que la inactividad física; economista, cuando dice que el mismo efecto económico - es decir, la acumulación de una cierta cantidad de capital se puede lograr tanto ganar más gastando menos. Causas diferente, o incluso opuesto, puede tener el mismo efecto, aunque, por supuesto, el mecanismo causal habrá seguido un camino diferente. la desviación criminal se aborda, en un contexto moderno, bajo dos puntos de vista básicos: el primero, que considera las desviaciones como consecuencias exclusivas del sistema económico capitalista, y

por lo tanto tiende a tener una actitud de tipo justificacionista; la otra, que las políticas represivas deben aplicarse sólo en contra de los más débiles. Estos argumentos, por supuesto, no son suficientes para interpretar y leer la creciente preocupación entre los habitantes de las ciudades y los factores que determinan la construcción de los miedos sociales más extendidos. Las condiciones de vida en las grandes ciudades se han convertido en crítico, la propagación de la sensación de inseguridad se expresa en relación con dos aspectos distintos pero de manera complementaria: a) existe el temor y el miedo a ser víctimas de la delincuencia callejera (robo, hurto, atracos, violencia) y otras formas de ilegalidad propagación; b) el deterioro urbano y el desorden social extenderse cada vez más al aumento de la pobreza, la marginación y la exclusión social, provocando una fuerte sensación de impotencia y abandono (Malizia, 2010, p. 75)

En este caso, el autor italiano, da a entender que no siempre los factores delincuenciales, son los mismos para todas las sociedades, o en todo caso, que ciertas sociedades tengan algunos factores criminógenos, no implica que la conducta de quienes delinquen tienen que ser necesariamente iguales; es decir, contextualizando Cajamarca, los factores sociales que pueden inducir que se genere el delito de hurto y robo, pueden ser los mismos que para otras sociedades, sin embargo, también tiene particularidades que es importante conocerlas, porque de ello dependerá la planificación de políticas criminales o decisiones de las autoridades locales para mejorar la seguridad y prevención en el hurto y robo. A esto se puede sumar que:

“Las sociedades, desde el punto de vista de su tamaño y complejidad, pueden ordenarse dentro de una continuidad, en uno de cuyos extremos se encuentra el macro sistema social mundial, cuyos, componentes son las naciones-estado vinculadas por lo que se les conoce como las relaciones internacionales y, en el otro, los microsistemas, como las familias, por ejemplo, cuyos componentes son las personas que se encuentran emparentadas entre, vinculadas por las interacciones que fueren pertinentes. Entre ambas polaridades existen sistemas sociales intermedios de acuerdo con su volumen y composición”. (Mejía Valera, 2009, p. 65).

Entonces, teniendo en cuenta lo anteriormente dicho, las teorías generalmente explican los factores que corresponden al macro sistema, incluso también el microsistema; sin embargo, en este último, vale decir del microsistema, tienen realidad muy particular de un lugar a otro, así como sucede de la realidad de Cajamarca, de la realidad del Perú y el mundo. Por ello, frente a la crítica de quienes afirman que los factores de variación del índice de criminalidad de los delitos de robo y hurto en la localidad de Cajamarca, ya están estudiados y son los que se plantea en la doctrina nacional e internacional, estarían cayendo en el error que las realidades sociales, los factores criminológicos y la actitud delincuencia, serían exactamente los mismos en cualquier lugar, situación que no es cierto porque los factores del microsistema es determinante y diverso.

3.1.2.5. Realidad económica en los delitos contra el patrimonio (hurto):

Se sabe en la actualidad que a medida que las sociedades avanzan en su desarrollo en los diferentes aspectos, facetas y grados, los delitos contra el patrimonio se van haciendo realidad con mayor evidencia, situación que puede obedecer a la desigualdad en la distribución de la riqueza, en las necesidades de las familias o responsables de las familias para dotar de lo básico en economía, a situaciones patológicas o simplemente porque existen personas que sin tener necesidad, evaden la figura de dedicarse al trabajo y deciden delinquir para llevar la vida fácil; cualquiera sea la razón, lo que importa es regular los actos delictivos.

Por ello, frente a esto, los Estados a través de las diferentes legislaciones, pretenden proteger y regular las conductas, de tal forma que la realidad socioeconómica no se convierta en una razón para que algunos puedan delinquir.

En efecto, lo que resulta verdaderamente significativo son los fenómenos que el legislador apunta como expresivos de lo uno y de lo otro: En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; en el segundo, la desaparición de las figuras complejas de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el bandolerismo, deben desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales. La vinculación de lo primero con las nuevas necesidades de tutela

(¿penal?) de una sociedad compleja resulta bastante clara, según el discurso doctrinal e ideológico que se está consagrando como dominante. En cambio, uno sucumbe a la tentación de preguntarse qué tiene que ver una reforma técnica de los delitos clásicamente denominados complejos para someterlos a las reglas generales del concurso de delitos con el principio de intervención mínima. La primacía de los elementos de expansión se hace así evidente (Silva Sánchez, 2001, p. 21).

De la cita anterior, se puede deducir que a medida que la problemática social, va modificándose por los propios fenómenos sociales que van sucediendo por múltiples razones, existe la necesidad de regular conductas, tales como la de atentar contra el patrimonio, porque ello implica atentar contra bienes que de manera directa o indirecta permite al propietario o poseedor legal, beneficiarse para poder vivir.

Si se analiza la realidad de las ciudades, se puede visualizar que los delitos contra el patrimonio se dan en las diversas modalidades; por ello, se puede afirmar que:

Muy significativamente, debe aludirse en este ámbito a la “otra” criminalidad organizada que surge con fuerza en las grandes ciudades. Concretamente, la que se manifiesta en la existencia de bandas - básicamente, de sujetos extracomunitarios, eventualmente incluso menores -dedicadas a la delincuencia de apoderamiento (hurto y robos con fuerza) en vehículos, en viviendas y en industrias (Silva Sánchez, 2001, p. 31).

3.2. El proceso penal:

3.2.1. Proceso y juicio:

El término proceso¹ deriva de *procedere* y *procesus* que señala una cadena de actos procesales, coordinados para el logro de una finalidad (SUARÉZ:2009, 27).

Esa idea es la de progresión, que no es más que una secuencia ordenada de actos,

¹ El *proceso* es una unidad no solamente porque los distintos actos que lo componen estén colegiados para un fin común. Sino que, esta es una unidad jurídica, vendría hacer una relación jurídica.

que avanza desde un principio hacia un fin. El empleo del término con el sentido apuntado se encuentra en el habla común y es también usado en diversas disciplinas científicas, pero en el campo del Derecho se relaciona íntimamente con la manifestación del poder jurisdiccional. En tal perspectiva, debe entenderse como el desenvolvimiento de determinados actos, llevados a cabo en momentos, tiempo y requisitos determinados, mediante los cuales, órganos estatales predispuestos a ello, declaran y realizan las disposiciones de las normas sustantivas en relación al caso singular o controversia suscitada (VASQUEZ: 1997, 13)

De ahí, una relación procesal autónoma, porque posee vida y condiciones propias independientes de la existencia de la voluntad concreta de la ley y afirmada por las partes, es decir: una relación jurídica procesal y la otra jurídica sustancial deducida en juicio. Es complejo el proceso, por lo que, está constituida por múltiples derechos y consecuencias jurídicas, unificadas dentro del marco del ordenamiento jurídico. Y además, es de derecho público, porque está determinado por normas que regulan una actividad pública.

Ahora bien, el proceso penal² no es un recuento ilustrativo que recoge al autor en su novela, pues al constituir un método articulado e integrado con actos legalmente definidos, pone en cuestión una serie de límites que vienen informados por el contenido esencial de los derechos fundamentales. Es por ello que el nuevo modelo ha de ajustarse a una cabal cultura de los derechos humanos (PEÑA: 2009a, 187).

En el proceso penal se va a concatenar una serie de actos del Juez (colegiado y/o unipersonal), de las partes, de los auxiliares de justicia y de terceros legitimados. Y esta concatenación es el conjunto de las actividades del Estado y de los particulares con las que se realizan los derechos de estos y de las entidades públicas que han quedado insatisfechas por la falta de actuación de la norma que derivan (SUARÉZ: 2009, 27).

También, nos daremos cuenta que existe una estrecha relación entre el Derecho

² El *proceso penal*, no solo es el marco por el cual se legitima la sanción estatal, sino además el ámbito de discusión y solución de conflictos de intereses, vendría hacer la consecuencia de la comisión de un delito, por lo que se exige la presencia de etapas o fases que permitan garantizar la eficacia de sus fines. Es decir, El proceso penal debe ser la expresión de los aspectos penales que como principios y valores sociales consagra la Constitución (ORTEGA: 2003, 18).

penal y Derecho procesal penal, como corresponsables de la configuración de la política criminal y como ejes estructuradores de lo que se ha denominado “sistema penal”, que es el conjunto de instituciones vinculadas con el ejercicio de la coerción penal y con el castigo estatal (BINDER: 2000, 37).

Hoy por hoy el proceso penal, debe ser más rápido, debido a que la criminalidad del tercer milenio no posee la misma identidad de aquella que se avizoraba a comienzos del S. XX, no sólo por su crecimiento estadístico, sino también por su innovación y por los nuevos ribetes que ha alcanzado hoy en día. A la delincuencia convencional se le suma una criminalidad más sofisticada y compleja, cuyo ámbito operacional desborda el umbral de las fronteras nacionales y constituye en “una criminalidad globalizada”, a partir de la articulación de las mafias internacionales, que se dedican a cometer toda una variedad de delitos (Tráfico ilícito de drogas, turismo sexual, migraciones ilícitas, delitos informáticos, transacciones financieras sospechosas, lavado de dinero u activos, etc.), esto es, el era de la modernidad, el avance de la tecnología y la ciencia no sólo ha traído prosperidad a la humanidad, sino también a la aparición de nuevos riesgos para los bienes jurídicos fundamentales, todo lo cual ha provocado la adscripción de la denominada: “sociedad de riesgo” (BECK, 1998).

Podemos decir, que el éxito de la reforma procesal penal quedará condicionado a una política criminal del Estado, al compromiso en serio de sus actores procesales y, la confianza que la ciudadanía debe depositar en el nuevo sistema procesal. Debe entenderse que el proceso penal no solo incumbe a los operadores de la justicia, sino a toda la comunidad en su conjunto (PEÑA: 2009, 16).

Proceso y juicio, son preceptos distintos, pues según lo anotado, el proceso engloba todos los actos que desde el inicio realizan los órganos de persecución penal. Mientras que el juicio hace alusión a la etapa fundamental del proceso, a la fase decisiva y determinante de la persecución penal.

3.2.2. Función del proceso penal:

Desde el punto de vista de su inserción dentro del ordenamiento jurídico³, desempeña el importante papel de vinculación entre lo general y lo singular. En este sentido, es también conveniente relacionar la actividad procesal, con la institución judicial y su decisión jurisdiccional, especialmente en materia penal, con lo que se conoce como: “control social formal”.

Pero para determinar la procedencia de la misma, es necesario el recorrido de mecanismos investigativos, probatorios y alegatorios que permitan establecer los supuestos fácticos y jurídicos del caso. Y Así, la decisión y posterior ejecución, hecha con fuerza coactiva por el órgano jurisdiccional, aparece así como expresión del poder estatal que afirma la vigencia de su orden jurídico y somete a los involucrados a las consecuencias previstas.

Ahora, si partimos de la idea de que el Derecho en general es una creación social que disciplina de modo formalizado e institucionalizado reglas de convivencia que posibilitan y otorgan previsibilidad en la libertad a la vida en común, regulando los diversos supuestos de las relaciones intersubjetivas, advertiremos sin esfuerzo el sentido instrumental de ese ordenamiento que no es un “algo en sí” sino un conjunto contingente, históricamente variable y condicionado por factores de poder que, de modo explícito o implícito, buscando razones legitimantes en la religión, la naturaleza humana, la tradición, la ética, la moral positiva, el bien común, los intereses del Estado, etcétera.

Por lo que, si tal ordenamiento, enfocado de un modo genérico, tiene ese carácter instrumental, la función procesal es, precisamente, la de ser un instrumento del instrumento. Así, la cuestión función del proceso requiere de una plena dimensión de mecanismo al servicio del cumplimiento y coherencia del orden jurídico, procurando que la validez se convierta en vigencia a través de la mediación procesal.

De tal modo, con todas las limitaciones que un conocimiento de la realidad produce y sin incurrir en retóricas altisonantes, podemos suponer que el proceso cumple una

³ En tal sentido, puede pensarse que mientras la normatividad sustantiva establece pautas de conducta que guían los comportamientos de los individuos y les otorgan una dirección de su vida, ese comportamiento aparecerá como apartado de esa línea, cuando produzca la reacción o respuesta que impone la sanción, cuya más grave manifestación es la punitiva.

función⁴ de “instrumento” para el logro de la justicia (VASQUEZ: 1997, 15).

3.2.3. Tiempo procesal:

El proceso penal, como cualquier otro, ocupa un espacio en el curso del tiempo⁵. La sucesión de actos que él implica, encadenados los unos con los otros, cubre una sumatoria total que hace a la duración que se asigna para todo el proceso.

La ley suele imponer a esos tramos temporales, lo que se conoce con la palabra “término”, que son lapsos, que en realidad, son estancos para actuar e ir avanzando el proceso hacia su meta final que es la sentencia.

Esos segmentos temporales se enlazan con el impulso que, tras precluir el tiempo agotado (en silencio, por no hacer nada, o actuando), término tras término, marcan el compás de avance, dando oportunidad a los sujetos procesales a ejercer sus facultades, derechos o deberes.

Todo ese tiempo tiene un inicio, como punto de partida para su cómputo. Ese punto en los términos para la operatividad de las partes está dado por el momento procesal en que ellas toman conocimiento oficial de la denuncia. En cambio los que hacen a la actividad jurisdiccional obedecen al momento en que el proceso entra en etapa de resolución, cualquiera que ella sea (decreto, auto, o sentencia) y la ley impone, a partir de ese momento el lapso en que el juez debe pronunciarse (MORAS: 2004, 30).

3.2.4. Caracteres del proceso:

El proceso penal se caracteriza por: i) la legalidad, que vienen hacer la pretensión punitiva, que procederá siempre que se hallen reunidos los requisitos legales; ii) la irrevocabilidad, con la que el proceso no puede ser modificado, suspendido o revocado una vez que se inicia, sino en virtud de una disposición legal; iii) la oficialidad, dicha pretensión punitiva del Estado debe cumplirse por medio de un

⁴ En cuanto a la función del proceso, para unos consiste en resolver los conflictos que se suscitan entre las partes. Y para otros la función del proceso es la justicia. Pero, la verdadera función del proceso consiste en restablecer el orden jurídico, aplicando la ley a una situación concreta.

⁵ Este tiempo total de duración del proceso se enlaza y funda con lo que se pretende razonablemente en el juicio penal compromete.

órgano público y se inicia de oficio; iv) la obligatoriedad , es decir que, el Estado no puede renunciar a su actividad jurisdiccional o pretensión punitiva; v) la inevitabilidad, por la que el Estado no puede elegir los efectos de su pretensión punitiva, a través de otro camino más que sólo el jurisdiccional.

3.2.5. Objeto del proceso penal:

El objeto del proceso como hecho humano y desde el punto de vista penal con su función punitiva, es la modificación del estado anterior de cosas en el mundo exterior. Por ello es que objeto y finalidad, siendo diferentes, se implican recíprocamente.

Sobre el objeto se actúa para poder satisfacer la finalidad que no es sino la materialización del derecho de fondo. En consecuencia, no basta con decir que el objeto procesal es un hecho humano del que derivan efectos jurídicos, porque esa presentación generaliza tanto que por su amplitud resulta inocua. Esto es lo que, en el objeto procesal, se llama “causa penal”, sin la cual éste no es objeto procesal penal. En el proceso penal este núcleo, tema o materia de su constitución, no se presenta de inicio perfecta y nítidamente perfilado, sino que lo hace con contornos confusos.

Entonces se concluye que, por ser la materia de cada uno, no hay proceso sin objeto procesal y que su unidad identifica cada proceso, informa su desarrollo y da materia a su sentencia. Si se multiplican los objetos se multiplican los procesos, sin perjuicio de que, por conveniencia práctica, se tramiten todos en un solo continente externo que es un único “expediente”. De allí la función que este instituto cumple en el proceso, aparte de la de individualizar cada proceso, y que consiste en centralizar y limitar la actividad del juez y de las partes. Un objeto, un proceso. El objeto identifica cada proceso. Y le da un único campo de actuación.

3.2.5.1. Identificación:

Precisamente por su naturaleza y la función que cumple, el objeto del proceso penal en forma concreta se logra por medio de la individualización del hecho imputado. Este extremo se satisface pasando el análisis, del hecho a través de la acción típica

que obre como causa adecuada dé ese hecho, que se presenta, así como su resultado. Ese hecho presenta, además, circunstancias de tiempo, lugar, modo y persona que, a su vez, contribuyen a su individualización, aunque éstas puedan variar en el curso de la investigación.

La individualización de la persona a la que se imputa la comisión del hecho, completa la identificación del objeto procesal. Esta persona también se determina a través del tipo, como el sujeto activo de la acción que causalmente se une al resultado que adviene en el campo de la realidad exterior, como hecho.

Ello da cuerpo a un proceso penal, aun cuando luego se demuestre que el hecho no existió o que existiendo no era delito; o que por acreditado el delito, el imputado no era responsable. Es el caso en que, en un proceso existente como tal y con su objeto procesal propio, se llega a la absolución, por uno u otro de los motivos señalados. Pero se llega a ello precisamente porque el proceso y su objeto existieron.

3.3.2.5. 2. Características:

El objeto procesal conceptualizado y delineado en la forma señalada, precisamente por su propia esencia y función, ofrece los siguientes caracteres:

a) Es jurídicamente indivisible:

Debe tenerse presente que su elemento material es siempre un solo hecho, aun cuando sobre el mismo caiga bajo más de una ley penal, como es el caso de concurso formal o ideal de delitos. Siempre será un solo hecho. En consecuencia el objeto procesal constituye una unidad jurídica procesal, que impone que a su respecto no pueda haber más de un proceso por el mismo hecho y contra el mismo imputado, ya estén éstos en trámite, ya que sobrevenga el nuevo al ya terminado por resolución firme pasada en autoridad de cosa juzgada.

Esa unidad del hecho también se impone cuando en el curso del proceso se lo ha calificado de distinta manera (en la acusación de una figura y en la sentencia, en definitiva, en otra). Lo multiplicado es la calificación, pero no el hecho único. Es respecto de él que se dicta la resolución final y, por ejemplo: en la sentencia se condena por el hecho y su calificación legal procedente, y no puede dividirse

absolviendo por la calificación que de él se rechaza.

Por cierto que cuando en un mismo “expediente” se investigan y juzgan varios “hechos independientes” esa indivisibilidad no tiene vigencia, porque no hay unidad jurídico-procesal, sino precisamente lo contrario, pluralidad de objeto, propio del concurso real o material de delitos

b) Es inmutable:

Inmutable significa que no puede sustituirse, ni modificarse el hecho (sustitución objetiva), como tampoco el sujeto (sustitución subjetiva) y constituye el tema único del proceso sobre el cual se conduce todo su futuro, toda vez que a él responde la defensa, gobierna la pertinencia de la prueba ofrecida por las partes en el período probatorio del juicio y a su respecto se expide la sentencia.

La inmutabilidad separa el objeto individualizado (hecho y sujeto), pero no para su calificación legal, la que por el perfil completo, con todas las circunstancias de tiempo, lugar, modo y persona, puede modificarse respecto de la asignada originariamente al hecho.

c) Es indisponible:

Dada la particular caracterización del proceso penal como estrictamente necesario y de promoción, prosecución y extinción obligatoria, tanto sus formas, como su finalidad resultan indisponibles por las partes, en cuanto las primeras persiguen la acreditación de la verdad real del hecho y su autor y la segunda (por conversión de la pretensión punitiva en derecho subjetivo del Estado) la aplicación de la consecuencia legal que es la pena (MORAS: 2005, 57).

3.2.6. Proceso y sistema acusatorio garantista con rasgos adversariales:

El proceso penal es el medio por el cual se ventilará el conflicto generado por el delito, buscando hallar una solución en función a los intereses postulados, argumentados y probados. Ahora bien, en un conflicto de intereses son, los interesados los llamados a desarrollar un rol protagónico; es decir, las partes deben construir, argumentar y fundamentar sus intereses, expectativas o pretensiones (NAKAZAKI: 2009, 14).

La legitimidad del sistema penal reposa indudablemente en su eficacia, en su capacidad para perseguir y sancionar debidamente la criminalidad, a partir de los actos de investigación y de persecución penal que realicen los órganos públicos predispuestos. En efecto, la inaplicabilidad de la ley penal y la consecuente impunidad del delito, genera el debilitamiento del sistema jurídico – estatal tanto desde un punto de vista normativo como empírico social. Por consiguiente, la efectiva realización de la justicia es un poder – deber que se funda en las bases comprensivas y fundacionales de un orden democrático de derecho (PEÑA: 2009, 17).

En el NCPP, lo que se pretende es armonizar el interés individual, con la seguridad ciudadana, la persecución penal de los delitos debe afrontarse desde la plena habilitación de las garantías jurídicas. Una política criminal moderna y garantista debe ejercer la prevención del delito en una composición normativa de plenas garantías para los justiciables.

El sistema adversarial⁶ se caracteriza, porque existe en aquel, diversas fases o etapas de interacción y de sujetos o partes (adversarios) con pretensiones divergentes de culpabilidad o de inocencia, y cuyo vencedor debe ser determinado por un tercero imparcial conocido como: Juez., potenciando así la reducción de arbitrariedad y desigualdad, permitiendo así un proceso penal con respeto a los derechos fundamentales, al considerar al órgano jurisdiccional como un ente imparcial y ya no involucrado en la actividad persecutoria del delito que se traslada a manos del Ministerio Público.

Este sistema⁷, además debe replantear de modo protagónico la presencia del Fiscal⁸ en el proceso, destaca la tarea del Juez penal, asignándole la facultad exclusiva del fallo, dejando la labor de la investigación en manos del Ministerio Público, el que,

⁶ Cabe señalar que en el modelo adversarial se exige seriamente del cambio de mentalidad, la cual constituye en un reto de instrumentalización de la reforma procesal penal de corte garantista, y olvidarnos del modelo inquisitivo que tanto atropello ocasionado.

⁷ En principio, cabe señalar, que el sistema acusatorio con tendencia adversarial, como forma parte de la tradición eurocontinental, de la cual han surgido los sistemas procesales, como el acusatorio clásico, inquisitivo, y acusatorio garantista. Este nuevo sistema adversarial es copiado fielmente del sistema anglosajón (NAKAZAKI: 2009, 18).

⁸ Dotar de esa importancia a la fiscalía no significa minimizar la labor de la defensa, al contrario, en aras de la igualdad procesal (o de armas), los derechos de investigación y de probanza que la ley otorga a la fiscalía los debe también ejercer la defensa. Ambos deben tener los mismos derechos procesales para alcanzar las fuentes de información, procesarla, analizarla e integrarla en interés de su teoría del caso que presentará ante el órgano jurisdiccional.

asistido por la policía, deberá realizar las diligencias pertinentes a fin de cumplir con el objeto de la investigación (NAKAZAKI: 2009, 16).

Asimismo, bajo la premisa de que, frente al delito, el estado, en ejercicio de su *ius puniendi*, debía establecer el marco legal de sanción, así como los aparatos de persecución, imposición y ejecución de sanciones, se determinó que el Juez tenga todas las facultades para el logro de tales cometidos. Por tal razón, al Juez penal se le dotó de facultades de investigación, actividad probatoria y de fallo. Sin embargo al centrar la dinámica de todos los casos penales en lo que puede hacer el Juez se originó una serie de disfuncionalidades: a) lentitud en la resolución de los procesos penales; b) instrucciones deficientes; c) insuficiente argumentación en los fallos; etc. (NAKAZAKI: 2009, 17).

Sin embargo, como se señaló, el cambio de paradigma al acusatorio con tendencia adversarial implica ver al delito como conflicto de intereses y, por ende, acuñar una segunda finalidad al proceso penal, esto es, que además de permitir la realización de *ius puniendi*, debe procurar ser un marco de solución consensuada o hetero compuesta al conflicto generado por el delito (NAKAZAKI: 2009, 17).

No obstante, la actividad y dinamismo que impregnen las partes en el proceso penal debe canalizarse a las imputaciones o cargos que el Ministerio Público formule en su acusación; caso contrario, el proceso penal caería en un desorden procesal en donde cada parte apuntaría a diferentes blancos. La necesidad de que la acusación fiscal es tal que sin ella no habría a necesidad de continuar con un proceso penal. Esta es la exigencia que trae el principio acusatorio y que, a su vez, exige que el Ministerio Público sea el director de las investigaciones, por la sencilla razón que investigar y acusar son dos caras de la misma moneda; se investiga para saber y se acusa de lo que se ha investigado (NAKAZAKI: 2009, 18).

En este sentido el proceso penal Angloamericano es un proceso de partes⁹, en el que estas deciden sobre la forma de llevar a cabo la prueba, quedando la decisión de culpabilidad en manos del jurado, mientras que el Juez profesional, se limita en su

⁹ *Adversary system*

caso, a la fijación de la pena¹⁰. La confesión de la culpabilidad permite pasar directamente a esa individualización punitiva. Así las cosas, no deben sorprender que desde hace cien años aproximadamente los Fiscales y las defensas se presten a negociar tal reconocimiento.

Entre sus principales rasgos tenemos que: i) se postula a un proceso marcadamente contradictorio, en donde toda la actividad procesal depende de la intervención de las partes; ii) postula una igualdad funcional entre las partes (tanto acusadora como acusada); iii) postula un Juez con funciones de garantía y de fallo; iv) postula la presencia de los MARCs penales.

¹⁰ *Sentence*

4. Jurisprudencia:

Si bien es cierto que los Acuerdos Plenarios emitidos por la Corte Suprema exigen que sean de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales, también debemos tener en cuenta que estos acuerdos son reuniones periódicas de magistrados supremos que concuerdan jurisprudencia para temas en que la aplicación del derecho penal se hace difícil o cuando existan dudas en la aplicación de determinadas normas, por lo que sí es necesario dilucidarlas. Pero también sabemos que estos acuerdos plenarios no tratan casos específicos de la vida real, sino que concuerdan lineamientos ante la dificultad o dudas jurídicas y lo hacen de acuerdo a sus criterios y conocimientos del derecho, por lo tanto, lo que resulta de estos acuerdos serían posiciones o posturas doctrinarias, mas no jurisprudencia en sí, y su aplicación estaría limitada a las formas y circunstancias en que se suscitan los hechos de los que tratan.

4.1. ¿Jaloneo en el arrebató de bienes constituye robo o hurto?

R.N. 2212-2017, Lima Norte:

Fundamento destacado: Octavo.- [...] En mérito de ello, se puede concluir que no existió agresión contra la agraviada, quien, además, no indicó que producto de dicho arrebató le hayan ocasionado lesiones siquiera por rozamiento o al momento de jalar, lo que evidencia que la teoría fiscal en este extremo no se ajusta a la calificación jurídica correcta y se basó en criterios subjetivos que se apartan de la doctrina jurisprudencial vinculante establecida por esta Corte Suprema, así como la doctrina nacional para el caso, por lo que deberá ser reformada a fin de que refleje su verdadera naturaleza en estricto cumplimiento del principio de legalidad.

4.2. Relevancia del valor del bien para la configuración de hurto agravado

Acuerdo Plenario 4-2011/CJ-116:

Fundamento destacado: 11. Nuestro legislador, por lo demás, ha estimado tales conductas como agravadas, atendiendo a su mayor lesividad, esto es, a su carácter pluriofensivo de bienes jurídicos. La ley penal asignó tal condición a los hurtos cometidos bajo circunstancias especiales y graves, tales como casa habitada, durante la noche, con ocasión de incendio, inundación, naufragio, calamidad

pública o desgracia particular del agraviado, mediante el concurso de dos o más personas, etcétera [Cfr. HAMILTON CASTRO TRIGOSO: Las faltas en el ordenamiento penal peruano, Editorial Grijley, Lima, 2008, p. 68], obviando en estos casos criterios de cuantía. Diferente es el criterio político criminal que rige para el delito de hurto simple, que por ser una conducta de mínima lesividad y en observancia a los principios de mínima intervención y última ratio del Derecho penal, demanda que se fije un valor pecuniario mínimo a fin de diferenciarlo de una falta patrimonial. No es éste el caso del hurto con agravantes, dado que existe un mayor nivel de reproche, caso contrario, se tendría que establecer una cuantía significativa para el delito de robo [Cfr. RAMIRO SALINAS SICCHA: *Ibíd.*, p. 845].

Acuerdo Plenario N° 4-2011/CJ-116:

Ha establecido como doctrina legal “el hurto agravado no requiere de requisito del quantum del valor del bien para su configuración”. “El criterio cuantitativo es una exigencia que se encuentra expresa, inequívoca y taxativamente establecida solo para el hurto simple y daños, conforme lo estipula el artículo 444 C P; esta exigencia no afecta a los supuestos agravados.

4.3. Características personales del encausado permiten la suspensión de la ejecución de la pena:

R.N. 2114-2014, Huancavelica:

Fundamento destacado: Cuarto. Que dada la fecha de los hechos, no es de aplicación la reforma al juicio de medición de la pena introducida por la Ley número 30076, del diecinueve de agosto de dos mil trece. Si se tiene en cuenta la pena abstracta —de tres a seis años de pena privativa de libertad—, las dos agravantes específicas concurrentes (numerales 2 y 6 del artículo 186 ° del Código Penal), la captura en cuasi flagrancia del imputado, su estado de relativa ebriedad —lo que permite aplicar la concordancia de los artículos 20° apartado 1 y 21° del Código Penal—; y, finalmente, que es una persona joven, estudiante universitario, sin antecedentes y que reparó a la víctima, es pertinente estimar que la pena concreta será de cuatro años de privación de libertad. De otro lado, estando a sus características personales, la suspensión de la ejecución de la pena no frustrará un

pronóstico positivo de readaptación social en libertad, por lo que se cumplen los requisitos establecidos por el artículo 57° del Código Penal.

4.4. Para verificar circunstancia agravante de nocturnidad se debe usar el criterio cronológico:

R.N. 3936-2013, Ica:

Fundamento destacado:

2.3. La denominación expresa del tipo “durante la noche” debe entenderse desde la perspectiva cronológica-astronómica, y no teleológico- funcional. Por ello, la noche se define como aquel periodo durante el que una partedel globo terrestre deja de recibir luz solar, por ende, permanece en oscuridad.

4.5. Declaran improcedente requerimiento de proceso inmediato y ordenan encausamiento por la vía común:

Exp. 00783-2017-1-1826-JR-PE-03:

Fundamento destacado: décimo séptimo.- Que, meritando las declaraciones referidas precedentemente, los recaudos imputados contra Juan Zeta Coronado, así como teniendo en cuenta la legislación aplicable y casaciones involucradas, no cabe que este caso sea tramitado como Proceso Inmediato, puesto que este proceso se sujeta a plazos breves y elimina fases procesales, lo cual conlleva a la imposibilidad del imputado, de articular medios de defensa adecuados sobre su posición; máxime que este solo ha aceptado la comisión del Delito de Hurto Simple en el grado de tentativa, pero no en su modalidad agravada, como requiere el Ministerio Público, lo que deberá ser determinado fehacientemente en el proceso penal respectivo. Por estos Fundamentos, los Magistrados de la Tercera Sala Penal de Apelaciones, conforme al inciso 2° del artículo 419° y el inciso 5° del Art. 447° del Código Procesal Penal.

4.6. Aspectos dogmáticos y probatorios del hurto de espectro electromagnético:

Casación 234-2017, La Libertad:

Sumilla: (i) El Código Penal, para efectos penales, equipara la noción «bien mueble

al espectro electromagnético», que tiene valor económico. El espectro electromagnético es un bien mueble incorporal debidamente definido por la Ley de Telecomunicaciones, (ii) El auto judicial identificó a la persona, contra quien se seguían actuaciones administrativas sancionadoras, y proporcionó los detalles precisos del inmueble materia de la diligencia. Se mencionaron los dos locales del negocio ilegal atribuido al imputado. La omisión de mencionar el segundo local en la parte no es trascendente para apreciar infracción constitucional, (iii) El principio acusatorio impide que se traspasen los límites de la pretensión procesal, que queda acotada, en la acusación escrita, por los hechos que en ella se comprenden, y por las personas a quienes se imputen. El fiscal en la requisitoria oral debe mantener los hechos básicos. Están prohibidas las alteraciones esenciales, no meramente formales, (iv) El contrato es un medio de prueba documental y apunta a acreditar si el imputado, a la fecha de la intervención administrativa, era o no propietario de la estación de televisión. No se puede analizar en sede penal como si fuera un acto jurídico cuya validez o eficacia debe ser decidida, sino como el reflejo de un hecho que puede tener influencia en los actos de sustracción o utilización ilegal del espectro electromagnético.

4.7. Tipifican arrebato de celular como hurto agravado y no como robo agravado:

R.N. 1649-2017, Lima:

Fundamento destacado: octavo: Sin embargo, existen dos razones plausibles, por las cuales el hecho imputado no se subsume en el delito de robo agravado; y sí en el delito de hurto agravado. Primero, porque no se cumple con el presupuesto típico, exigido por el tipo base del delito de robo (artículo 188° del Código Penal), respecto del elemento normativo “violencia o amenaza”; y, segundo, porque según la imputación fiscal, que reproduce la versión de la víctima; el encausado aprovechó que la agraviada se encontraba manipulando su equipo celular -la agraviada manifestó que se encontraba enviando un correo electrónico, añadiendo en el juicio oral que “fue en cuestión de segundos”- para arrebatarle dicho bien; por lo que, no hubo violencia física, menos amenaza, contra dicha agraviada. En consecuencia, el hecho o suceso fáctico se subsume en el tipo penal previsto en el artículo 185° del Código Penal; concurriendo las circunstancias agravantes, previstas en el artículo 186° incisos 1 y 2 de dicho Código. En efecto, el

apoderamiento del bien mueble ajeno fue durante la noche; y el agente empleó destreza o habilidad, para arrebatarle su celular a la agraviada (el procesado introdujo su mano dentro del vehículo donde se encontraba la agraviada y le arranchó su celular).

4.8. Configuración del delito de apropiación ilícita y su diferencia con el hurto:

Casación 301-2011, Lambayeque:

Fundamento destacado: Octavo. Adopción de postura jurisprudencial.

8.1. Es claro que cuando una persona entrega a otra un bien mueble con un encargo específico, y éste último queda en calidad de depositario (en custodia legítima del bien), lo expolia y lo agrega o su dominio patrimonial, la víctima o sujeto pasivo resulta siendo quien entregó la cosa.

8.2. Cuando la cosa mueble se entrega en pago al autorizado de facto o formalmente (con conocimiento del acreedor conforme a las reglas del Código Civil), el que paga se desliga del bien entregado y éste se incorpora a la esfera del patrimonio (en propiedad) del antes acreedor, en cuyo nombre el agente cobrador o recaudador lo recibió.

8.3. Es preciso distinguir entre el cajero que opera en la sede o domicilio del acreedor, del recaudador que cobra en el domicilio del deudor o recibe en su propio y particular domicilio el bien en pago total o parcial del crédito.

8.4. En los dos últimos casos, no es factible asumir que el recaudador sustrae los bienes recibidos para apropiárselos -lo que es característico del hurto-, sino que, simplemente decide quedárselos para sí, incumpliendo el deber de entrega al propietario, cuya confianza defrauda.

8.5. A mayor abundamiento, el legislador nacional ha previsto el delito de apropiación ilícita irregular en el artículo ciento noventa y dos del Código Penal, que sanciona a quien se apropia de un bien perdido, de un tesoro, o de un bien ajeno en cuya tenencia entró el agente por error, caso fortuito u otra causa independiente de su voluntad. Siguiendo la línea de la regla jurídica interpretativa “*ad maioris ad*

minus”, si quien se apropia de un bien que carece de dueño, merece sanción penal por delito de apropiación indebida irregular, con mayor motivo, tiene que serlo quien se apropia de bienes ajenos que pertenecen a dueño cierto.

8.6. No hay por tanto en el asunto *sub judice*, ni vacío legal ni posibilidad de aplicación del tipo de hurto, en cuyo caso extraordinario, tampoco cabría -como lo señala el Ministerio Público en el presente proceso penal- una absolución; ocurre que el tipo de apropiación indebida o ilícita, comprende como agraviado, en principio, al dueño de la cosa apropiada, cuando este fuera quien entrega, al acreedor insatisfecho, en cuyo nombre el sujeto activo no recibe el bien, en los casos de recibo de pago total o parcial, situación que la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha adoptado.

5. Análisis del expediente:

5.1. Etapa de Investigación:

5.1.1. Investigación Preliminar:

a) Fundamentación fáctica:

Con fecha 20-02-17, a las 14:00 horas aproximadamente, el agraviado Juan Edgar Oro Rosas, se encontraba realizando compras en la ciudad de Caraz, dejó estacionado su vehículo de placa de rodaje N°H1J-640, en la Av. Pumacahua cerca a la Av. Ramón Castilla, en cuyo interior (maletera) dejó una bolsa de víveres de propiedad de un pasajero, una olla de otro pasajero que momentos antes había solicitado su servicio de transporte y una llanta de repuesto del referido vehículo, en esas circunstancias, luego que el agraviado Juan Edgar Oro Rosas, retorna a horas 14:20 aproximadamente, de hacer las compras, se percató que los bienes antes indicados que había colocado en la parte posterior de su vehículo (maletera), no se encontraban, procediendo a preguntar a las personas que se encontraban alrededor donde la persona de Mariluz Violeta Villar Beltrán al preguntarle sobre si había observado sobre alguna persona que había sustraído sus bienes, le refirió que no había observado, es así que luego de media hora aproximadamente, la persona de Edgar Jesús Vacas Mendoza ubico al denunciante Juan Edgar Oro Rosas a la altura del paradero de Santa Cruz, comunicándole que habían capturado a la persona de Emilio Grabiél Villón Espinoza quien había hurtado su llanta indicándole que la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán estaba llevando a la citada persona a la comisaría por cuanto dos personas que lo acompañaban al ser sorprendidos se dieron a la fuga, por lo cual al apersonarse el citado agraviado a la Comisaría Sectorial PNP Caraz, pudo reconocer que la llanta que habían encontrado en el interior de la moto taxi era la misma que había sido sustraída de la maletera de su vehículo.

b) Fundamentación jurídica:

Por los hechos antes descritos la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaylas - Caraz adecuo los hechos al Delito contra el Patrimonio en su modalidad de Hurto Agravado, ilícito previsto y sancionado en el segundo párrafo Inciso 9) del Artículo 186° del Código Penal que establece: “La pena

será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido: 9. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios, concordante con el tipo base previsto y sancionado en el Artículo 185° del código acotado que establece: “El que, para obtener provecho se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndole del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años”.

c) Fundamentación probatoria:

A fin de acreditar los hechos en el tipo penal, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaylas – Caraz, realizó las siguientes diligencias:

- Formato de Denuncia Directa Delito N°52, de fecha 20-02-17.

En el cual se detalla la forma y circunstancia en que se habrían realizado los hechos materia de investigación; asimismo se individualiza a la parte agraviada y al acusado.

- Acta de Denuncia Verbal, de fecha 20-02-17.

En el cual el agraviado Juan Edgar Oro Rosas, denuncia haber sido víctima de hurto agravado de su llanta de repuesto, una olla grande de fierro nueva y una bolsa de víveres, los mismos que se encontraban en la maletera de su vehículo con placa rodaje N°H1J-640.

- Declaración del Agraviado Juan Edgar Oro Rosas, de fecha 20-02-17.

Quien manifiesta que el día 20 de febrero del año 2017 entre las 14:00 y 14:20 horas, fue víctima de hurto de su llanta de repuesto de su vehículo de placa rodaje H1J-640 se encontraba realizando compras en la ciudad de Caraz, dejó estacionado su vehículo de placa de rodaje antes mencionado, en la Av. Pumacahua cerca a la Av. Ramón Castilla, en cuyo interior (maletera) dejó una bolsa de víveres de propiedad de un pasajero, una olla de otro pasajero que momentos antes había solicitado su servicio de transporte y una llanta de repuesto del referido vehículo, en esas circunstancias, luego que el agraviado Juan Edgar Oro Rosas, retorna a horas 14:20 aproximadamente, de hacer las compras, se percató que los

bienes antes indicados que había colocado en la parte posterior de su vehículo (maletera), no se encontraban, procediendo a preguntar a las personas que se encontraban alrededor donde la persona de Mariluz Violeta Villar Beltrán al preguntarle sobre si había observado sobre alguna persona que había sustraído sus bienes, le refirió que no había observado, es así que luego de media hora aproximadamente, la persona de Edgar Jesús Vacas Mendoza lo ubico al denunciante Juan Edgar Oro Rosas a la altura del paradero de Santa Cruz, comunicándole que habían capturado a la persona de Emilio Gabriel Villón Espinoza quien había hurtado su llanta indicándole que la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán estaba llevando a la citada persona a la comisaria por cuanto dos personas que lo acompañaban al ser sorprendidos se dieron a la fuga, por lo cual al apersonarse el citado agraviado a la Comisaria Sectorial PNP Caraz, pudo reconocer que la llanta que habían encontrado en el interior de la moto taxi era la misma que había sido sustraída de la maletera de su vehículo.

- Declaración Testimonial de Edgar Jesús Vacas Mendoza.

Quien refiere que el día 20 de febrero del año 2017, a las 13:50 aproximadamente, en circunstancia que regresaba de almorzar con su jefe doña Mariluz Violeta Villar Beltrán, observo que el señor Juan Oro Rosas. Quien estaba cerca de su auto les pregunto si habían observado que alguien había abierto su maletera, donde respondieron que no habían observado nada, para lo cual al llegar a su puesto de trabajo la dueña de su local observo una moto taxi estacionada en el paradero de Santa Cruz, y le indico que vaya a ver si reconoce a sus ocupantes, para lo cual se apersono y pudo reconocer al conductor como la persona que días antes había sustraído un saco de quíwicha, lo cual informo a su jefa y procedieron a seguir a la moto taxi, se estaciono dónde estaba un auto blanco, donde al acercarse observaron que estaban ofreciendo una llanta de auto, y al ver que llegaban corriendo la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán y el declarante, dos sujetos salieron corriendo y fue en esos momentos que la jefa del declarante se subió a la moto taxi y no se quiso bajar procediendo el declarante a regresar al molino; del mismo modo en su declaración ampliatoria, indico que la persona que conducía era alto, gordito, moreno de 170 cm de altura

aproximadamente, sin bigote.

- Declaración Testimonial de Mariluz Violeta Villar Beltrán.

Quien señala que el día de los hechos cuando estaba retornando de su domicilio a su molino en compañía de su trabajador Edgar Jesús Vacas Mendoza; unas personas que se encontraban a bordo de un station wagon, le preguntaron si había observado a alguna persona que habían sustraído sus víveres, así como una olla y una llanta de repuesto; a lo cual respondió que no había observado nada; observó que en el paradero de santa cruz había una moto taxi de color azul estacionado con tres sujetos, fue en esos momentos que le indico a su trabajador Edgar Jesús vacas Mendoza que observe a sus ocupantes, siendo que en esos momentos el antes mencionado se apersono hasta la parte delantera del vehículo menor y reconoció a tres ocupantes y le aviso a su jefa indicándole que eran ellos, para lo cual el conductor de la moto taxi encendió la moto y se fueron con dirección al Jr. Jorge Chávez, donde se estaciono a media cuadra del molino de propiedad de Mariluz Violeta Villar Beltrán, y al correr atrás de la moto taxi las personas de Giampier Huayanay conocida como “abejita” y Elvis alias “Kiko”, estaban ofreciendo una llanta con aros a un conductor de station wagon color blanco, circunstancia en la cual la declarante Mariluz Violeta Villar Beltrán le manifestó al chofer que era la llanta que habían sustraído, para lo cual los dos ocupantes se dieron la fuga, procediendo la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán a abordar la moto taxi y le indico que la conduzca a la Comisaria de Caraz, llevando consigo la llanta que momentos antes había intentado vender; donde en un primer momento opuso resistencia y le indico que era taxista y en el transcurso del camino intento desviarse hacia la cruz monumental, donde la declarante tuvo que colgarse de la moto con la intensión que no la lleve por otro lugar ;procediendo el denunciado Emilio Grabiél Villón Espinoza, a conducir con dirección a la comisaria de esta ciudad, siendo debidamente identificado.

- Declaración del Investigado Emilio Grabiél Villón Espinoza, de fecha 20-02-17.

Quien manifestó que se acoge a su derecho de guardar silencio.

- **Acta de Recepción por Arresto Ciudadano**, de fecha 20-02-17.

Realizado por la persona de Mariluz Violeta Villar Beltrán, contra el Imputado Emilio Grabiél Villón Espinoza.

- **Acta de Incautación y Recepción de una llanta**, de fecha 20-02-17

En el cual la persona de Mariluz Violeta Villar Beltrán en la oficina de la SEINCRI PNP Caraz, hace entrega de una llanta de vehículo mayor decolor negro, marca lima caucho de 13x650 con su respectivo aro color blanco asimismo hizo entrega de un mototaxi color azul el cual se encuentra sin placa de rodaje.

- **Acta de situación de Vehículo menor**, de fecha 20-02-17.

En la cual se evidencia que el vehículo que venía siendo conducido por el denunciado Emilio Grabiél Villón Espinoza, no contaba con la respectiva placa de rodaje.

- **Acta de constatación Policial**, de fecha 20-02-17.

En el cual el efectivo Policial describe las características del vehículo de Placa Rodaje N°H1J-640 de propiedad del agraviado Juan Edgar Oro Rosas, asimismo, señala que se aprecia que no existen indicios de violencia, donde el citado agraviado manifestó que su maletera se abre empujando y presionando la manija de la maletera, siendo esto constatado por personal policial quien señala que efectivamente la maletera de vehículo se abre fácilmente.

- **Acta Fiscal de descripción**, de fecha 20-02-17.

Donde en presencia del agraviado Juan Edgar Oro Rosas y el abogado defensor del imputado, se describe las características de la llanta que fue incautada en el interior de la moto taxi que venía siendo conducido por el imputado Emilio Grabiél Villón Espinoza, asimismo se dejó constancia que el citado agraviado dejó hizo entrega de la Nota de Venta N° 000528 mediante la cual se acredita la existencia de la llanta materia de la presente investigación, además, señalo que su aro es de tamaño 13, siendo

compatible con las llantas que utiliza en su vehículo de Placa de Rodaje N° H1J-640.

- **Nota de Venta N° 000528,**

A nombre del denunciante Juan Edgar Oro Rosas, mediante la cual se acredita la adquisición de la llanta que fue materia de sustracción.

5.1.2. Análisis de la etapa de investigación preliminar:

En el presente proceso, el Representante de la Fiscalía se precipitó al calificar los hechos y las pruebas que tenía para solicitar proceso inmediato. Para proseguir con la incoación del Proceso inmediato debió verificar primero: órganos de prueba, video o indicios que sindiquen la acción típica de apoderarse por parte del investigado Emilio Grabiél Villón Espinoza.

Si la teoría del Ministerio Público era:

a) **Flagrancia estricta¹¹:** Para proceder con la incoación de proceso inmediato necesita suficiente probatoria como órganos de prueba – testigo directo que sindiquen la acción típica de apoderarse por parte del investigado Emilio Grabiél Villón Espinoza.

b) **Cuasi flagrancia¹²:** Para proceder con la incoación de proceso inmediato necesita suficiente probatoria como órganos de prueba – testigo directo que señalen que Emilio Grabiél Villón Espinoza se apoderó de la llanta y luego se escapó.

c) **Presunción de flagrancia¹³:** Para proceder con la incoación de proceso inmediato necesita videos o indicios que acreditaran que existen huellas dactilares en la llanta o en la superficie del vehículo de Placa Rodaje N°H1J-640 de propiedad del agraviado Juan Edgar Oro Rosas, donde se

¹¹ Hay flagrancia estricta cuando el sujeto es sorprendido y detenido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando el delito, concepto que se encuentra vinculado con las fases consumativa o ejecutiva del hecho punible.

¹² Se da cuando un individuo ya ha ejecutado el hecho delictivo, pero es detenido poco después, ya que no se le perdió de vista desde entonces. Por ejemplo, un sujeto roba un artefacto y es visto en el acto de perpetrar el latrocinio, siendo perseguido por quien o quienes lo han sorprendido y es detenido.

¹³ En este caso el individuo ni ha sido sorprendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido perseguido luego de cometido. Sólo hay indicios razonables que permiten pensar que él es el autor del hecho”.

acreditará que el investigado Emilio Grabiél Villón Espinoza fue quien se apoderó de la llanta.

5.2. Incoación de proceso inmediato:

5.2.1. Requerimiento de Incoación de proceso inmediato:

Luego de haber realizado mínimos actos de investigación, la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaylas – Caraz Incoa proceso inmediato ante el Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaylas – Caraz contra la persona de Emilio Grabiél Villón Espinoza (como presunto cómplice del delito contra el patrimonio, en su modalidad de hurto agravado, en agravio de Juan Edgar Oro Rosas, Ilícito previsto y sancionado en el inciso 9) del segundo párrafo del Art 186° del Código Penal vigente concordante con el Art 185° del mismo cuerpo normativo (Tipo Base), debidamente representado por su señor padre David Roberto Granados Mendoza. Cuyos argumentos son los siguientes:

Hechos:

Con fecha 20/02/17, a las 14:45 horas aproximadamente, en circunstancia que el agraviado Juan Edgar Oro Rosas se encontraba realizando compras en la ciudad de Caraz, dejó estacionado su vehículo de placa de rodaje N°H1J-640, en la Av. Pumacahua cerca a la Av. Ramón Castilla, en cuyo interior (maletera) dejó una bolsa de víveres de propiedad de un pasajero, una olla de otro pasajero que momentos antes había solicitado su servicio de transporte y una llanta de repuesto del referido vehículo, en esas circunstancias, luego que el agraviado Juan Edgar Oro Rosas, retorna a horas 14:20 aproximadamente, de hacer las compras, se percató que los bienes antes indicados que había colocado en la parte posterior de su vehículo (maletera), no se encontraban, procediendo a preguntar a las personas que se encontraban alrededor donde la persona de Mariluz Violeta Villar Beltrán al preguntarle sobre si había observado sobre alguna persona que había sustraído sus bienes, le refirió que no había observado, esa sí que luego de media hora aproximadamente, la persona de Edgar Jesús Vacas Mendoza lo ubico al denunciante Juan Edgar Oro Rosas a la altura del paradero de Santa Cruz, comunicándole que habían capturado a la persona de Emilio Grabiél Villón Espinoza quien había hurtado

su llanta indicándole que la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán estaba llevando a la citada persona a la comisaria por cuanto dos personas que lo acompañaban al ser sorprendidos se dieron a la fuga, por lo cual al apersonarse el citado agraviado a la Comisaria Sectorial PNP Caraz, pudo reconocer que la llanta que habían encontrado en el interior de la moto taxi era la misma que había sido sustraída de la maletera de su vehículo.

Calificación jurídica:

El hecho delictivo se encuentra tipificado contra el Patrimonio en su modalidad de Hurto Agravado, Inciso 9) del Artículo 186° del Código Penal vigente concordante con el Artículo 185° del mismo cuerpo normativo (Tipo Base), el comportamiento en el ilícito instruido consiste en que la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años si el hurto es cometido: 9) sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios”. Tipo Base: El que para obtener provecho se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra”.

5.2.2. Requerimiento de Prisión preventiva en el proceso inmediato:

Aunado al Requerimiento de Incoación de proceso inmediato el Representante de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaylas – Caraz solicito Prisión Preventiva por el plazo de 4 meses contra la persona de Emilio Grabiell Villón Espinoza (como presunto cómplice del delito contra el patrimonio, en su modalidad de hurto agravado, en agravio de Juan Edgar Oro Rosas, Ilícito previsto y sancionado en el inciso 9) del segundo párrafo del Art. 186° del Código Penal vigente concordante con el Art 185° del mismo cuerpo normativo (Tipo Base), debidamente representado por su señor padre David Roberto Granados Mendoza. Para cuyo pedido argumento los siguientes presupuestos procesales de la media cautelar:

**Presupuestos materiales para la procedencia de la prisión preventiva:
artículo 268 del código procesal penal**

a) Fundados y graves elementos de convicción:

Según el Ministerio Público existen elementos de convicción que acreditan la existencia del delito objeto de imputación y vinculan al investigado como presunto autor, y dichos elementos de convicción son los siguientes:

- Formato de Denuncia Directa Delito N° 52, Formulado por el denunciante Juan Edgar Oro Rosas, formulada ante la Comisaria Sectorial PNP Caraz.
- Acta de Denuncia Verbal, formulada por el denunciante Juan Edgar Oro Rosas, formulada ante la Comisaria Sectorial PNP Caraz.
- Declaración del Agraviado Juan Edgar Oro Rosas, mediante el cual señala que el día 20 de febrero del año 2017 entre las 14:00 y 14:20 horas, fue víctima de hurto de su llanta de repuesto de su vehículo de placa rodaje HIJ-640 se encontraba realizando compras en la ciudad de Caraz, dejó estacionado su vehículo de placa de rodaje antes mencionado, en la Av. Pumacahua cerca a la Av. Ramón Castilla, en cuyo interior (maletera) dejó una bolsa de víveres de propiedad de un pasajero, una olla de otro pasajero que momentos antes había solicitado su servicio de transporte y una llanta de repuesto del referido vehículo, en esas circunstancias, luego que el agraviado Juan Edgar Oro Rosas, retorna a horas 14:20 aproximadamente, de hacer las compras, se percató que los bienes antes indicados que había colocado en la parte posterior de su vehículo (maletera), no se encontraban, procediendo a preguntar a las personas que se encontraban alrededor donde la persona de Mariluz Violeta Villar Beltrán al preguntarle sobre si había observado sobre alguna persona que había sustraído sus bienes, le refirió que no había observado, esa sí que luego de media hora aproximadamente, la persona de Edgar Jesús Vacas Mendoza lo ubico al denunciante Juan Edgar Oro Rosas a la altura del paradero de Santa Cruz, comunicándole que habían capturado a la persona de Emilio Grabiél Villón Espinoza quien había hurtado su llanta indicándole que la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán estaba llevando a la citada persona a la comisaria por cuanto dos personas que lo acompañaban al ser sorprendidos se dieron a la fuga, por lo cual al apersonarse el citado agraviado a la Comisaria Sectorial PNP Caraz, pudo reconocer que la llanta que habían encontrado en el interior de la moto taxi era la misma que había sido sustraída de la maletera de su vehículo.

- Declaración testimonial de Edgar Jesús Vacas Mendoza, quien refiere que el día 20 de febrero del año 2017, a las 13:50 aproximadamente, en circunstancia que regresaba de almorzar con su jefe doña Mariluz Violeta Villar Beltrán, observo que el señor Juan Oro Rosas. Quien estaba cerca de su auto les pregunto si habían observado que alguien había abierto su maleta, donde respondieron que no habían observado nada, para lo cual al llegar a su puesto de trabajo la dueña de su local observo una moto taxi estacionada en el paradero de Santa Cruz, y le indico que vaya a ver si reconoce a sus ocupantes, para lo cual se apersono y pudo reconocer al conductor como la persona que días antes había sustraído un saco de quiwicha, lo cual informo a su jefa y procedieron a seguir a la moto taxi, se estaciono dónde estaba un auto blanco, donde al acercarse observaron que estaban ofreciendo una llanta de auto, y al ver que llegaban corriendo la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán y el declarante, dos sujetos salieron corriendo y fue en esos momentos que la jefa del declarante se subió a la moto taxi y no se quiso bajar procediendo el declarante a regresar al molino ; del mismo modo en su declaración ampliatoria, indico que la persona que conducía era alto, gordito, moreno de 170 cm de altura aprox, sin bigote.

- Declaración Testimonial de Mariluz Violeta Villar Beltrán, quien señala que el día de los hechos cuando estaba retornando de su domicilio a su molino en compañía de su trabajador Edgar Jesús Vacas Mendoza ; unas personas que se encontraban a bordo de un station wagon, le preguntaron si había observado a alguna persona que habían sustraído sus víveres, así como una olla y una llanta de repuesto; a lo cual respondió que no había observado nada; observó que en el paradero de santa cruz había una moto taxi de color azul estacionado con tres sujetos, fue en esos momentos que le indico a su trabajador Edgar Jesús vacas Mendoza que observe a sus ocupantes, siendo que en esos momentos el antes mencionado se apersono hasta la parte delantera del vehículo menor y reconoció a tres ocupantes y le aviso a su jefa indicándole que eran ellos, para lo cual el conductor de la moto taxi encendió la moto y se fueron con dirección al Jr. Jorge Chávez, donde se estacionó a media cuadra del molino de propiedad de Mariluz Violeta Villar Beltrán, y al correr atrás de la moto taxi las personas de Giampier

Huayanay conocida como “abejita” y Elvis alias “Kiko”, estaban ofreciendo una llanta con aros a un conductor de station wagon color blanco, circunstancia en la cual la declarante Mariluz Violeta Villar Beltrán le manifestó al chofer que era la llanta que habían sustraído, para lo cual los dos ocupantes se dieron la fuga, procediendo la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán a abordar la moto taxi y le indico que la conduzca a la Comisaria de Caraz, llevando consigo la llanta que momentos antes había intentado vender; donde en un primer momento opuso resistencia y le indico que era taxista y en el transcurso del camino intento desviarse hacia la cruz monumental, donde la declarante tuvo que colgarse de la moto con la intención que no la lleve por otro lugar ;procediendo el denunciado Emilio Grabiell Villón Espinoza, a conducir con dirección a la comisaria de esta ciudad, siendo debidamente identificado.

- Declaración del Denunciado Emilio Grabiell Villón Espinoza quien se acogió a su derecho de guardar silencio
- Acta de Recepción de Detenido por Arresto Ciudadano, realizado por la persona de Mariluz Violeta Villar Beltrán contra el denunciado Emilio Grabiell Villón Espinoza.
- Acta de Incautación y recepción de una llanta, realizada por la persona de Mariluz Violeta Villar Beltrán.
- Acta de situación de vehículo menor, en el cual evidencia que el vehículo venía siendo conducido por el denunciado Emilio Grabiell Villón Espinoza, no contaba con la respectiva placa rodaje.
- Acta de Constatación mediante la cual se describe las características del vehículo donde se aprecia que no existen indicios de violencia y donde el agraviado manifestó que su maletera se abre empujando y presionando la manija de la maletera.
- Acta de descripción, mediante la cual se describe las características de la llanta que fue incautada en el interior de la moto taxi que venía siendo conducido del denunciado Emilio Grabiell Villón Espinoza

b) Nota de Venta N° 000528, a nombre del Denunciante Juan Oro Rosas, mediante la cual se acredita la adquisición de la llanta que fue materia de sustracción.

Prognosis de la pena a imponer sea superior a 4 años de pena privativa de libertad:

Según el Ministerio Público en el presente caso por cuanto el delito objeto de imputación se encuentra sancionado con una pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho, siendo superior a la prognosis de la pena antes señalada, en tal sentido existe peligro de fuga por la gravedad de la pena a imponerse al imputado.

c) Peligro procesal (peligro de fuga y peligro de obstaculización):

A razonamiento del Ministerio Público existe el peligro procesal en su modalidad de eludir la acción de la justicia, en el caso concreto es evidente dada la gravedad de la pena que se espera como resultado del proceso. Así mismo hasta la fecha no ha cumplido con acreditar de modo alguno su arraigo familiar, domiciliario, laboral en la ciudad de Caraz, por lo que se desprende que eludirá la acción de la justicia, tanto más si desde su intervención viene negando su responsabilidad.

Por ello si se tiene en cuenta que la finalidad de la prisión preventiva es asegurar la presencia, (sujeción) de los imputados en el proceso penal, a efectos de garantizar una debida investigación de los hechos, para hacer posible el juzgamiento y asegurar la ejecución de la pena (cumplimiento de la sanción estatal), resulta imprescindible que en el presente caso se garantice la presencia del imputado Emilio Grabiell Villón Espinoza en todo el proceso penal, habida cuenta que a la fecha de ha requerido la formalización de la investigación preparatoria.

Finaliza el Ministerio Público, que concurren los tres presupuestos materiales para la procedencia de la prisión preventiva, por lo que debe declararse fundado el presente requerimiento de prisión preventiva.

5.2.3. Audiencia proceso inmediato (con pedido de Prisión preventiva):

Con la Resolución N° 02 el Juez de investigación Preparatoria de Huaylas – Caraz resuelve declarar procedente la incoación de proceso inmediato y concede el plazo de ley al Ministerio Pública para formular la acusación correspondiente.

Con Resolución N°03, el Juez de Investigación Preparatoria de Huaylas – Caraz, resuelve declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva: que forma parte del requerimiento de proceso inmediato propuesto por el Dr. Raúl Godos Sedan con fecha veintiuno de febrero del año 2017, en contra de EMILIO GRABIEL VILLON ESPINOZA, con D.N.I. N: 42852847, sexo masculino, de 33 años de edad, nacido en el Distrito de Caraz, Provincia de Huaylas, Departamento de Ancash, el 30 de enero de 1984, con grado de secundaria incompleta, nombre de sus padres Emilio y Zoila Rosa, con Domicilio Real en el Jr. Los Cipreses S/N de la ciudad de Caraz, por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto agravado, en agravio de Juan Edgar Oro Rosas, Ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 186 inciso 9) del Código Penal concordante con el artículo 185 del mismo cuerpo normativo (Tipo Base); por el **PLAZO DE CUATRO MESES** siendo que el imputado se encuentra en calidad de detenido, SE DISPONE: El inmediato INTERNAMIENTO del imputado en el establecimiento penitenciario de la Ciudad de Huaraz, para lo cual se deberá cursar los oficios correspondientes a la Policía Nacional de la localidad y a la dirección de establecimiento penitenciario de Huaraz para los fines legales pertinentes.

5.2.4. Apelación de la prisión preventiva:

Con el Recurso de apelación interpuesto por la Defensora Pública Liz Beiby Bayona Calderón, abogada defensora del imputado Emilio Grabiél Villón Espinoza se interpone recurso de apelación contra la resolución número tres de fecha 23-02-17, expedida en la audiencia de incoación de proceso inmediato, que resuelve declarar fundado el requerimiento de prisión preventiva contra el referido imputado por el plazo de cuatro meses. Solicitando que la Sala Superior de Apelaciones, revoque la medida de Coerción Prisión preventiva dictada contra el imputado Emilio Grabiél Villón Espinoza y se le dicte

comparecencia con restricciones o Simple. Con Resolución N° 06 la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, resuelve declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la Defensora Pública Liz Beiby Bayona Calderón, abogada defensora del imputado Emilio Grabiell Villón Espinoza y confirma la Resolución número tres de fecha 23-02-17 del Juzgado de Investigación Preparatoria de Huaylas – Caraz.

5.2.5. Análisis de la Incoación de proceso inmediato:

El Juez de la Investigación Preparatoria, es aquel sujeto procesal que *controla*¹⁴ el Requerimiento de incoación de proceso inmediato y el requerimiento de prisión preventiva. Y este control tiene por finalidad evitar que alguien sea acusado sin fundamento suficiente. Este *control* de la incoación del proceso inmediato es obligatorio a fin de observar si hay elementos suficientes para pasar a juicio inmediato. En este nuevo sistema encontramos un *control de legalidad de los Requerimientos del Ministerio Público*, es decir ver si se encuentran satisfechos los presupuestos legales que autorizan el ejercicio de la acción penal.

De ahí que, el Juez de la investigación preparatoria¹⁵, no permite que se haga un juicio público sin *comprobar*, previamente, si el Requerimiento del Ministerio Público está suficientemente fundamentada, y que en su oportunidad pueda provocar una condena en la etapa de la *ejecución*.

Es en esta etapa donde el Juez de Investigación Preparatoria debe de realizar un control de constitucionalidad y de legalidad del Requerimiento de incoación de proceso inmediato y de la prisión preventiva, a fin de delimitar los hechos que serán debatidos en el juicio oral, depurando así: *i)* los vicios formales, *ii)* acuerdos probatorios, *iii)* incidencias, *iv)* prueba ilícita, *v)* prueba impertinente, *vi)* actos dilatorios de hechos públicos o notorios. Sin embargo, en el presente proceso el Juez no cumplió con su deber de garante del debido proceso y tutela

¹⁴ El *control* más que un cargo es una función. El Juez ejerce un control respecto a las violaciones de derechos Constitucionales (intimidad, libre comunicación, inviolabilidad de domicilio, libertad personal), de manera previa o, para algunos casos, anticipada. Asimismo asegura la legalidad de la prueba ejerce una protección a la comunidad, aprueba la aplicación del principio de oportunidad, dejándose en claro que no atiende a la resolución del juicio de responsabilidad, sino a los aspectos previos del proceso (NAKAZAKI: 2009, 68).

¹⁵ Muy conocido en otras legislaciones como: *Juez de garantías*

jurisdiccional efectiva, menos de hacer un control de legalidad o constitucionalidad de los requerimientos realizados por el ministerio Público.

En conclusión, el Juez de la investigación preparatoria, como órgano jurisdiccional que *garantiza* los derechos fundamentales y procesales de la persona involucrada en la investigación, no realizó su deber de control de legalidad o constitucionalidad del requerimiento de incoación a proceso inmediato ni del requerimiento de prisión preventiva.

5.3. Juicio Inmediato:

3.3.1. Etapa inicial de juicio oral:

a) Alegatos de apertura de la defensa del acusado:

La defensa técnica del acusado refiere que entre otros aspectos que en el proceso inmediato cuyo naturaleza es la flagrancia, existen varias clases de flagrancia, y que el Ministerio Público no habló de ninguna de ellas, y que los testigos son testigos de referencia, de oídas, que no han apreciado la acción típica del acusado, esto es la sustracción y apoderamiento de la llanta, ya que en juicio oral se va declarar, que quien ofrecía la llanta era el señor Gianpier Huayaney conocido como “abejita”, el señor Elvis conocido como “ropita” y Gianpier Valladares conocido como “Kiko”, quienes tendrían que estar procesados por que ellos estaban ofreciendo y no su patrocinado y que se debe tener en cuenta la Casación 842-2016-Sullana, en la cual se establece en su considerando cuarto que el testigo de referencia solo tiene valor cuando informa al testigo directo quien es su fuente de información, caso contrario no tiene valor probatorio, y que en presente caso no hay testigo directo, no hay video o audio, al no existir directo su patrocinado va quedar librado de todo hecho, y que se ha hablado de arresto ciudadano en flagrancia, siendo común que el que realiza el arresto ciudadano tenga mayor fuerza que el acusado lo que resulta un poco inverosímil ya que la persona de sexo femenino que hizo el arresto ciudadano tiene 48 años, ya que su patrocinado es más joven y musculoso, con mayores destrezas y habilidades, su patrocinado le hizo taxi colectivo,

ya que dicha ciudadana le dijo llévame a la comisaría y con la llanta incluida, ya que la testigo le dijo que la lleve a la comisaria poniendo en la parte trasera dicha llanta y si su patrocinado la condujo a la comisaría, siendo ello la parte ilógica sobre el porqué una persona que es voluble pueda arrestar a una persona más joven y musculosa y con mayor destrezas y habilidades lo cual de forma lógica no se pueda dar y no podrá ser probada por el Ministerio Público que se ha dado el arresto por lo que no existiendo elementos de convicción que demuestren la culpabilidad de su patrocinado, solicitara la absolución de su patrocinado.

b) Información de derechos:

En un Estado Constitucional de Derecho los poderes del Estado deben sujetar su actuación a la primacía de la Constitución, teniendo como límite el respeto a los derechos fundamentales de la persona como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos establecido desde el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, en el que el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; consagrado también en nuestra Constitución en su artículo 2º numeral 24 literal e), como derecho fundamental de la persona, cuyo sustento se encuentra en el principio derecho de dignidad humana, así como en el *Principio Pro Hómine*. Es así que nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 10107-2005-PHC/TC explica que este derecho “...incorpora una presunción *iuris tantum* y no una presunción absoluta; de lo cual se deriva, como lógica consecuencia, que la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria”.

Es así como conforme a nuestro modelo procesal penal vigente en este Distrito Judicial, ello sólo puede hacerse en un juicio oral, público y contradictorio en el que el órgano persecutor del delito como titular de la acción penal pública y sobre quien recae la carga de la prueba debe

demostrar suficientemente la comisión del delito y la responsabilidad penal del acusado a fin de enervar esa presunción de inocencia y así lograr el amparo de su pretensión punitiva.

c) Admisión o no responsabilidad del acusado:

El acusado no acepta la responsabilidad del hecho.

d) Ofrecimiento o no de nuevos medios probatorios:

No hay ofrecimiento de nuevos medios de prueba.

5.3.2. Etapa probatoria del juicio oral:

a) Declaración testimonial del agraviado Juan Edgar Oro Rosas:

Identificado con DNI N° 44103783, fecha de nacimiento: 22.02.1987, estado civil: Soltero, grado de instrucción: primaria completa, ocupación la agricultura, religión: Católica.

Refiere no conocer al acusado y procede a prestar juramento de ley ante el Juez, quien le advierte de sus derechos y de las consecuencias jurídicas en caso de faltar a la verdad, a su vez se le refirió los alcances del artículo 165 numeral 1) del código procesal penal en relación a su facultad de declarar total o parcialmente, decidiendo declarar.

A las preguntas del Ministerio Público:

Refiere que su grado de instrucción es primaria completa, es soltero, no tiene hijos, se dedica a la agricultura, y que sus ingresos dependen de la cosecha, y que el 20-02-17, día de los hechos, el dejó cuadrado (estacionado) en la calle su carro y con sus primos fue a comprar al mercado, demorando como 20 minutos, y al regresar fue a buscar una manta en la maletera, en la cual un pasajero había puesto sus cosas y es ahí que apreció que no encontró su llanta, así como también que tampoco había la olla de víveres del pasajero que estaba amarrado con la manta, procediendo a preguntar al señor Mendoza de repente han visto quien ha sacado la llanta y las cosas pero le dijeron no habían visto nada, apreciando que ellos estaban asustados,

el pasajero le ha querido pegar a él por la pérdida de sus cosas, habiendo dejado su carro frente a la librería, no recuerda el jirón o la avenida, pero cuando iba a retornar a Pampacocha, no haciendo normalmente servicio de taxi, las otras personas no denunciaron ya que dijeron que él como dueño de carro tenía que reemplazar sus cosas, su llanta lo compro no conoce donde ya que hace medio año compro su carro, por eso no conocía mucho la ruta de Caraz, fue a poner la denuncia por lo que salió de noche, cuando fue a la comisaría ya estaba el acusado, su vehículo no lo había echado llave fue confiado, cuando fueron a comparar demoraron 20 minutos y cuando regresaron no encontraron nada, preguntando ahí si habían visto algo obteniendo como respuesta que no habían visto nada, luego de ello los dueños de las cosas le increparon que a él le habían entregado sus cosas, por lo que le responsabilizaron para las devuelva o reemplace, quedando el declarante asustado.

A las preguntas de la Defensa Técnica:

Refiere que él **NO VIO QUIEN SE LLEVÓ LA LLANTA**, así como también que nadie vio quien se llevó la llanta.

A las preguntas aclaratorias del Juez respondió:

Refiere que su vehículo es un auto Caldina, y que un muchacho le dijo que estaban vendiendo su llanta, cuando estaba bajando como para el paradero de Santa Cruz el muchacho se acercó y le dijo que estaban vendiendo la llanta, ellos se van de frente a la comisaría y la llanta ya estaba ahí, y reconoció su llanta porque tenía a su marca Lima Caucho, era aro trece, sus demás llantas son de esa misma marca.

b) Declaración testimonial de Mariluz Violeta Villar Beltran:

Identificada con DNI. N° 33340446, con fecha de nacimiento: 28.04.1970, estado civil: Casada, con grado de instrucción: superior completa, ocupación docente, religión: evangelista. Refiere no conocer al acusado y procede a prestar juramento de ley ante el Juez, quien le advierte de sus derechos y de las consecuencias jurídicas en caso de faltar a la verdad, a su vez se le

refirió los alcances del artículo 165 numeral 1) del Código Procesal Penal en relación a su facultad de declarar total o parcialmente, decidiendo declarar.

A las preguntas del Ministerio Público:

Refiere que el 20 de febrero 2017 estaba en su molino de granos, después de almorzar, un señor le llama para entregar la quiwicha, y salen con su muchacho para hacer la entrega y por su casa ven un auto blanco que estaba cuadrado y había un señor y una señora, la señora estaba llorando y le reclamaba diciendo “mi olla, ahí han estado mis cosas me tienes que pagar”, luego el señor Oro les pregunta si han visto quien abrió su carro, que se han llevado su llanta y de la señora su olla y sus víveres, le dijeron que no han visto que ellas estuvieron dentro de la casa y recién han salido, y que después de 10 a 15 minutos salió a su puerta y aparece una moto azul y se cuadra por la entrada del paradero Santa Cruz, y dos muchachos se bajan del mototaxi, y que como un día antes le habían robado su quiwicha ella estaba muy sulfurosa, molesta y enojada, y que su muchacho le había reconocido a esas personas de otros robos y a la vez de su quiwicha, así que llama a su trabajador Edgar y le dice “ven, no son ellos lo que se llevaron la quiwicha?”, y su trabajador le dice “si son, les voy a reconocer por el chofer”, así que sale y se va corriendo, pasa el mototaxi, para y regresa y le dice “si señora, ellos son” le grita, así ella dice como sea los voy agarrar, más por su quiwicha ya que ella creía que ellos se habían llevado su quiwicha, la moto sale disparado, ella quería subir a otra moto para seguirlos pero luego se estacionan más arriba, pasaron el segundo rompe muelle, en donde había un carro estacionado y al frente se para la moto, ella a toda velocidad corrió tras la mototaxi, y bajan de la moto el abejita y el tal Kiko, salen y tratan de vender la llanta, al principio no vio la llanta, ella llega a la moto agarra la moto y ahí justo ve la llanta, le estaban vendiendo al señor del carro que estaba estacionado, quien le recibe la llanta, y los muchachos le decían “rápido, rápido, que les pagaran”, el señor le dice a su esposa págale y la señora saca el billete de diez soles, es ahí que ella agarra la moto y le dice no le pagues esa es mi llanta, ya que se acordó del señor que le había preguntado por su llanta, luego se subió a la moto y el señor del auto

agarro la llanta y lo subió a la moto, y ella le dice el chofer de la moto joven me tienes que llevar a la comisaría, y sale y le intenta llevar, pero cuando le empieza a llevar por la parte de arriba le dice a donde me quieres llevar, ella sacudió la moto y le dijo muy enojada me vas a llevar o no, y él le dijo “pero señora yo te voy a enseñar quienes son, en otra moto lo han robado, ya lo vendieron las ollas, también me han tomado taxi”, a lo que le responde la declarante “que mejor que si no has sido tú, entonces llévame a la comisaría, llévame al puesto de policía, me mas a llevar o no”, y el joven (acusado) la llevó sin querer a la comisaría, y que su trabajador ya había corrido a la comisaría había alertado a los policías, y que ya en la comisaría el policía dice dónde está el dueño de la llanta, así ella le dice a su muchacho Edgar anda búscale al señor chofer de la llanta y le hizo aparecer en la comisaría y que ella no contrato al acusado para que le haga taxi, ella le encontró al acusado manejando su moto y a los dos chiquillos que bajaban de la moto, y que no le llevo a dar la plata el señor devolvió rápido la llanta, uno de los menores les falto patitas para irse, se escaparon abejita quien se va hacia la parte de arriba y Kiko hacia el mercado, desconociendo la edad de los chiquillos quienes deben tener de 15 a 16 años, la abejita es gordito chatito, el otro Kiko tenía su cicatriz, el acusado le dijo que les llevaría a su casa, la mototaxi estaba a unos 30 a 40 metros aproximadamente, la moto era azul sin placa, eran como más de las 2:10 p.m. o 2:20 p.m. cuando ella interviene al acusado.

A las preguntas de la Defensa Técnica:

Refiere que tiene 46 años, **NO VIO AL ACUSADO COGER LA LLANTA**, del lugar en donde se encontraba hasta donde estaba la moto ofreciendo la llanta había alrededor de una distancia de 100 metros, siendo que ella vio ofreciendo la llanta a tal abejita y a Kiko y el acusado estaba en su moto sentado, y que de su moto sacan la llanta y los chicos la ofrecen, abejita se llama Jean Pierre Huallanay y del otro no sabe su nombre, ella tenía miedo, pero estaba enojada y le dijo “si tú no eres que miedo tienes”, y que cuando ella ya se había amargado porque le quiso llevar por otro lado se portó de una manera brutal ahí recién lento le ha llevo a la comisaría cuando le dijo que aclaren las cosas.

A las preguntas aclaratorias del Juez Unipersonal respondió:

Refiere que cuando empieza a irse la moto por otra ruta, ella jaloneo la moto, el acusado decía que él no era y ella dicho si no has hecho nada llévame pues a la comisaría, y el muchacho volteo por Jr. Pumacahua y le llevo lentito sacudió la moto en marcha, la moto estaba apagada y cuando empieza a gritar quiso arrancar y ella se subió al lado de la llanta.

c) Declaración testimonial de Edgar Jesus Vacas Mendoza.

Identificado con DNI. N° 47478237, con fecha de nacimiento: 14.12.1992, estado civil: soltero, con grado de instrucción: primaria incompleta, ocupación obrera, religión: católica.

Refiere no conocer al acusado y procede a prestar juramento de ley ante el Juez, quien le advierte de sus derechos y de las consecuencias jurídicas en caso de faltar a la verdad, a su vez se le refirió los alcances del artículo 165 numeral 1) del código procesal penal en relación a su facultad de declarar total o parcialmente, decidiendo declarar.

A las preguntas del Ministerio Público:

Se fue almorzar con la señora Mariluz y sale el señor agraviado preguntando si han visto quien ha abierto la maletera de su carro y ellos responden no han visto porque han estado almorzando, el agraviado dijo que se habían llevado una llanta las ollas y víveres, ellos le dicen que a ellos también les han robado ayer quiwicha ponga su denuncia, que ellos están vigilando a esos choros para agarrarlos, luego él baja para entregan la quiwicha molida, y el comprador le pagó con 200 soles en duro y como no tenía sencillo él fue a llamar a la señora Mariluz y luego la señora sale del molino y al rato le llama, le dice Edgar ven, él responde si seño, y le dice ellos son, estaban en la entrada del paradero de Santa Cruz, y él dice ellos son dos sujetos que estaban atrás pero si veo al chofer lo voy a reconocer, así se va disimulado hasta dónde están y lo reconoce, y volviendo del lugar le dice seño ellos son, y cuando escucharon que él dice ellos son avanzaron el primer rompe muelle avanzaron hasta donde estaba estacionado el auto blanco, la señora

cuando vio que la moto estaba avanzando corrió, él voy a cerrar el molino y voy a llamar la policía, vio que la señora subió a la moto, y que la moto le había llevado por otro lado, y que los sujetos le amenazaron, hicieron la seña de cortarse el cuello y el tal abejita le dijo si abres la boca te voy a cortar la lengua, y que él fue disimuladamente al conductor de la mototaxi y a vio al tal abejita que llevaba en su pierna una llanta, él vuelve y dice seño si son ellos, al escuchar eso avanzo la moto un rompe muelle, había un auto blanco al que le estaban vendiendo la llanta, el tal abejita le exigió al señor del carro para que le pague rápido los diez soles, ahí llega la señora y dijo esa es mi llanta, en ese momento se corre el tal abejita y el tal alias Kiko, él persiguió al tal abejita y le dije espérame, como me quieres cortar la lengua entonces ven córtame la lengua, él volvió y le dijo seño no te muevas de aquí voy a cerrar la puerta del molino y voy a la comisaría, el termina de cerrar la puerta y se va corriendo a traer a la policía, ya en la comisaría llegaron la señora con la moto y la llanta, y que el moto taxista estaba sentado en su moto y los dos sujetos estaban vendiendo la llanta, y que la señora Mariluz dice no le paguen porque esa es mi llanta y él acusado se quedó sentado, él se volvió al molino, la distancia es de 20 a 30 metros, llego a la comisaría y dijo Jefe ya le hemos chapado a los choros, se estaban alistando para ir y ahí llegan a la comisaría y llegan ellos, luego él fue a traer al agraviado, le dijo hemos atrapado al choro que se ha llevado tu llanta.

A las preguntas de la Defensa Técnica:

Refiriendo que la llanta lo estaba vendiendo el tal Kiko con abejita, el chofer del carro sube la llanta a la moto, el chofer de la moto seguía sentado.

A las preguntas aclaratorias del Juez respondió:

Refiere que él **NO VIO CUANDO SALIERON CON LA MOTO**, él va a la comisaría, después que llega el acusado él va a buscar al agraviado, el auto blanco es el que quiso comprar la llanta.

d) Declaración testimonial de Mery Diana Angeles Oro.

Identificada con DNI N° 45339334, nacida el 23.04.1988, 28 años, grado de instrucción: superior técnica, ocupación efectivo policial, de religión católica.

Refiere no conocer al acusado y procede a prestar juramento de ley ante el Juez, quien le advierte de sus derechos y de las consecuencias jurídicas en caso de faltar a la verdad, a su vez se le refirió los alcances del artículo 165 numeral 1) del Código Procesal Penal en relación a su facultad de declarar total o parcialmente, decidiendo declarar.

A las preguntas del Ministerio Público:

Refiere que desde hace dos meses trabaja en la comisaria sectorial de Caraz, y que el 20/02/17 participo como apoyo al personal de la unidad de delitos y faltas, y que horas antes llego una persona a poner la denuncia por el robo de quiwicha ya que el joven que trajana como ayudante indico que habían detenido al sospechoso, al rato llego la señora con el muchacho (acusado) en una moto y con la llanta, asimismo refiere que ella formulo el acta de incautación y recepción de una llanta.

A las preguntas de la Defensa Técnica:

Refiere que la señora Mariluz ingreso a la oficina de delitos y faltas indicando que estaba el autor de quien se había llevado la quiwicha días antes, ingresaron con el acusado y la llanta, y que la que estaba atendiendo a la señora fue la oficial Correa quien le indico que haga el acta de recepción, y que la señora Maryluz dijo que estaba con el conductor de la moto y la llanta, y que directamente *a ella no le consta que la señora Mariluz pusiera a disposición de la policía al acusado.*

A las preguntas aclaratorias respondió:

Para el arresto ciudadano se levanta un acta incluso hay un modelo, y que antes trabajaba en el escuadrón de emergencia de Huaraz, y que ella si logro ver el mototaxi azul, estaba vacía, no le informaron quien era el conductor, solo le indicaron que realice el acto en apoyo, y que en ese momento había

varias personas pues estaban saturados de denuncias, y que no recuerda quien estaba de servicio de puerta.

e) Oralización de la Denuncia Verbal de fecha 20/02/17.

En la que se consigna que la persona de Juan Edgard Oro Rosas ha sido víctima de hurto de una llanta de repuesto la misma que estaba en la maleta y una ola grande nueva y una bolsa de víveres valorizado en S/.100.00 en circunstancias que dejo estacionado su vehículo en la Av. Pumacahua cerca a la Av. Ramón Castilla, refiriendo este que a las 14:00 aproximadamente fuera hacer compras y al regresar aproximadamente a las 14:20 se percató que su llanta de repuesto, la misma que estaba en su maleta no estaba, y cuando la estaba buscando pasara por su lado la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán, dueña del molino que está a la espalda del paradero a Santa Cruz, a quien le pregunto si había visto quien había sacado dicha llanta de repuesto, respondiéndole que no sabía, luego de media hora la persona de Edgar Jesús Vacas Mendoza, ayudante de la señora Mariluz Violeta Villar Beltrán, cuando el denunciante estaba a punto de salir del paradero a Santa Cruz llego diciéndole que su jefa la señora Mariluz Violeta Villar Beltran había atrapado a uno de los que había hurtado su llanta cuando estaban vendiéndola en una esquina y que lo había llevado a uno de ellos a la Comisaria porque los demás se habían fugado, instantes que fue con la persona de Edgar Jesús Vaca Mendoza a la Comisaria donde pudo reconocer que la llanta que estaba en la Comisaria era suya.

f) Oralización del Acta de Situación Vehicular de fecha 20/02/17.

Siendo que se aprecia que el vehículo menor mototaxi color azul no presenta placa de rodaje, así como los demás accesorios que ahí se consignan.

g) Oralización del Acta de Constatación Policial de fecha 20/02/17.

La misma que se realizó con la presencia del abogado defensor de oficio del acusado en la cual se realizó con la finalidad de dejar constancia que el vehículo automotor de propiedad de Juan Edgard Oro Rosas no ha sufrido violencia alguna la parte de la maleta, dejándose constancia que la misma

se abre tan solo empujando y presionando la manija, que al realizar la prueba efectivamente empuja presionando la manija y la puerta de la maleta se abre fácilmente.

h) Oralización del Acta de fiscal de descripción de fecha 20/02/17.

En la que participo la defensa del acusado, el agraviado y representante del Ministerio Público, en la cual se verifica que se trata de una llanta con marca Lima Caucho –GT 200 la cual se encuentra en un aro de fierro color negro usado, que en la parte exterior se encuentra pintada con pintura de color blanco, así mismo se aprecia que dicha llanta se encuentra desgastada en su totalidad pero se evidencia que cuenta con aire y está debidamente operativa; respecto de la cual el agraviado Juan Edgar Oro Rosas refiere que la llanta y aro antes descrita la venia utilizando como repuesto la misma que la venia transportando en la maleta de su vehículo de placa de rodaje HIJ-640.

i) Declaración del acusado Emilio Grabiell Villon Espinoza:

Refiere que ese día fue a jugar pelota luego se fue a su casa a bañar, luego salió y encontró a Huallanay, Kiko, quienes le pidieron que les hiciera taxi, pero él no se dio cuenta que subieron la llanta a su moto, él les llevo por el mercado y cuando bajaron y vio que estaban ofreciendo la llanta a un señor, él apago la moto les reclamo lo que estaban haciendo, en eso llega la señora Mariluz, se paró delante de la moto los chicos se escaparon dejando la llanta y la señora Mariluz le dijo llévame a la comisaria, pero él dijo porque si no sabía nada y ella le dijo que si no has sido tú vamos a la comisaria para aclarar, el condujo la moto por la parte de arriba y en camino había un profesor con su carretilla la señora Mariluz le dijo para, él paro y ella le dijo al profesor que le acompañe a la comisaria pero el profesor le dijo que estaba ocupado, así que él avanzo hasta la comisaria.

A las preguntas del Ministerio Público:

Refiere que él hace taxi con su moto desde hace diez años, no tiene licencia y siempre ha trabajado pirateando con diferentes motos, y que la placa

recién ha llegado y que estuvo manejando sin placa y sin licencia cuidándose de los operativos, y que la moto estaba sin placa desde que le compraron la moto en mayo del 2016, no conoce a Juan Oro Rosas, el 20/02/17 a las 14:00 horas estaba almorzando en su casa después ducharse, luego salió a taxear y encontró a Elvis, Huallanay y Kiko, le hicieron parar y le dijeron que les haga taxi hasta el paradero de Santa Cruz, los lleva cuando están por el paradero de Santa Cruz baja Kiko a preguntar al paradero de Santa Cruz él dijo vas a demorar y le dijeron que no demorarían, él espero como un minuto subieron de nuevo y avanzo y luego le dijeron para un rato, el paro cerca al señor del auto a quien le empezaron a ofrecer la llanta ahí se recién se dio cuenta que de llanta, él les llamó la atención, les reclamo, y que el señor al que estaban ofreciendo le dijo a su esposa que sacara el dinero y su esposa saco un cheque de diez soles justo ahí llego la señora Mariluz, y que los víveres ni la olla los ha visto, el vio que sacaron la llanta de su moto y se sorprendió, y que cuando le paró la señora subió dos cuabras hacia arriba por Bolognesi, como a tres cuabras antes de la cruz, luego volteo a la izquierda, y que la señora estaba sentada atrás y su forcejea la mota la moto se voltea, y cuando estaba en el trayecto había un profesor en carretilla y la señora le dijo para ahí y cuando paro le dijo al profesor de la carretilla que lo acompañe a la comisaria pero el profesor se negó, y el volvió a arrancar rumbo a la comisaria, y que él se percata de la llanta cuando comienza a ofrecer, él les reclamo a los tres chicos.

A las preguntas de la Defensa Técnica:

Refiere que él en ningún momento ha agarrado la llanta y que tampoco ofreció la llanta, él fue a la comisaría porque la señora le iba pagar su taxi ya que le dijo como él no había sido no tenía por qué tener miedo, pero si tuvo un poco de miedo por eso se fue por la parte de arriba, y que si conoce a los tres chicos, se llaman Jean Pier Huallanay, Kiko Valladares y el otro es Elvis, no sabe su apellido.

A las preguntas aclaratorias respondió:

Refiere que le tomaron el taxi más arriba de su casa, y que el taxi era llevarlos a un restaurante pero que primero pase por el paradero de Santa

Cruz, y que del paradero de Santa Cruz al auto había como quince metros, y del auto a su moto estaba cerca ya que él estaba parado por el medio de la pista, y que estuvo parado en ese lugar porque a esa hora no hay tráfico y es ahí donde vio la llanta cuando empezaron ofrecer, él estaba a medio metro del carro, y que se percató de la llanta cuando volvió a mirarlos a ellos.

5.3.3. Etapa final de juicio inmediato:

a) Alegatos finales del representante del ministerio público:

El Representante del Ministerio Público refiere que conforme se ha demostrado durante el desarrollo del juicio oral se encuentra acreditado el delito y la responsabilidad del acusado ya que ha quedado demostrado que el 20/02/17 a las 14:00 aproximadamente, el agraviado Juan Oro Rosas dejó estacionado su vehículo automotor para luego dirigir a realizar unas compras al mercado de Caraz, habiendo dejado al interior del vehículo en la maletera una llanta de repuesto de su vehículo y una bolsa de víveres dentro de una olla, al retornar dentro de veinte minutos no encontró dichos bienes, procediendo a preguntar a las personas que estaban por dicha zona si habían visto algo, preguntando también la testigo Mariluz Violeta quien inicialmente refirió que no vio nada, asimismo que ha queda demostrado con la declaración de la testigo Mariluz Violeta villar Beltran cuya versión es coherente con la declaración de testigo Jesús Vacas Mendoza que es su trabajador, que cuando salieron a entregar la quiwicha sale a fuera y se percatan de una moto de color azul donde se encontraba el acusado y dos menores que le llaman la atención por lo que procede a llamar a la persona de Edgar Vacas ya que días antes habían robado su quiwicha y su trabajar reconoce al conductor pero para cerciorarse se dirige sigilosamente hacia donde estaba la moto y los reconoce y dice si ellos son, al escuchar el acusado con los dos menor avanzan pasando el rompe muelle y pararan para vender la llanta, donde el acusado observa toda la transacción, luego llega la señora Mariluz Violeta se para delante de la moto y dice esa llanta es mía los menores huyen la señora sube a la moto y le ordena al acusado que la conduzca a la comisaría, el acusado quiso desviarse y la testigo sacudió al

mototaxi indicándole que le lleve a la comisaría poniéndose fuerte, a lo que el acusado condujo llevando la llanta a la comisaría, y que el ayudante minutos antes de que la testigo suba a la moto fue a la comisaria del sector con el fin de traer a la fuerza pública y cuando iban a salir de la comisaría llega la señora Mariluz Violeta con el acusado y la llanta, el testigo Edgar Vacas salió en busca del agraviado quien se hizo presente a la comisaría donde reconoce el bien hurtado como suyo, y que la testigo Mariluz ha manifestado que el acusado le dijo que ya habían vendido los víveres y la olla y que les iba a decir los nombres de los que habían participado, lo que quiere decir que el acusado había participado y que ya había vendido la olla y los víveres, asimismo debe tenerse presente la declaración del testigo Edgar Vacas quien se dirige a ver al conductor de la moto ve al menor Huallanay que tenía la llanta entre sus piernas, y que no se habla de un objeto pequeño se trata de una llanta que se tuvo que alzar y por ente se tuvo que dar cuenta, asimismo que fue dicha persona que condujo al agraviado y que él siguió a la abejita, y que se ha intervenido en flagrancia delictiva ya que fueron encontrados con la evidencia y que los testigos son testigos presenciales de los hechos, y que debe tenerse presente la Casación N° 842-2016-Sullana, y que se debe tener presente que se encontró al acusado con la evidencia a los veinte minutos, y que la testigo que condujo al acusado es una persona robusta de regular estatura y que en ningún momento ha tomado el servicio de taxi, y que hay roles y quien por el hecho de que no haya visto sustraer la llanta no quiere decir que no haya delito, y que también debe tenerse en consideración que el vehículo mototaxi no tenía placa desde el año pasado, asimismo que el acusado no tenía licencia de conducir, ello con el fin de no ser identificado el vehículo menor, y que si bien del acta de recepción e incautación de la llanta no ha sido materia de confirmatoria sin embargo debe tenerse presente la resolución expedida por la sala de apelación al momento de resolver la prisión preventiva, asimismo se tiene al acta de constatación donde se aprecia que no se utilizó violencia en el vehículo ya que se abre por la parte de atrás machucando el seguro del vehículo, asimismo que se ha acreditado la preexistencia de bien hurtado de S/. 150.00 soles de reparación civil, y que se tienen elementos probatorios que coeditan la responsabilidad penal de acusado, por lo que solicita se

imponga al acusado la pena de cinco años y cuatro meses de PPL efectiva, así como el pago de reparación civil de ciento cincuenta nuevos soles.

b) Alegatos de clausura de la defensa del acusado:

La Defensa sostiene que en juicio oral la testigo Maryluz Villar Beltran ha referido que la señora le dijo a su patrocinado vamos para aclarar, es una situación muy distinta que te lleven para declarar y otra que te conduzcan compulsivamente, y que la Casación N° 842-2016 mencionada por el representante del MP señala dos tipos de flagrancia en específico, ya que muchos autores señalaban cuatro tipos de flagrancia que son la flagrancia estricta, la cuasi flagrancia, la flagrancia por reconocimiento y la flagrancia por indicio, sin embargo esa casación cerro la flagrancia por indicio y la flagrancia por reconocimiento y solamente admite el artículo 259 inciso 3 del CPP, que indica que será cuando el agente ha huido y ha sido reconocido por el agraviado que haya observado la acción típica de apoderamiento o por otra persona que haya observado el hecho acción típica de apoderamiento y es encontrado dentro de las 24 horas de producido el hecho, y que en la misma casación fundamenta lo que es un testigo presencial importa que directamente a través de sus sentidos vea la comisión de un delito, no cumple con este requisito la institución de oídas o referencias, ya que su información es indirecta y por tanto como prueba debe ser contrastada por su testigo fuente o testigo presencial, la señora testigo Mariluz Violeta no observo el apoderamiento, el agraviado no es testigo, a él le han contado al igual que el testigo Edgar Vacas y lo único que se ha tenido es testigos de referencias u oídas que no tienen fuente de información, y no se puede condenar a una persona porque ha estado sentado delante y detrás de él han estado ofreciendo una llanta, desconociendo si es legal o no, y que de la forma como ha sido conducido a la comisaría, la sub oficial Mery Oro ha referido que quien entro primero fue la señora testigo y el conducido lo espera a fuera, lo que evidencia que dicha conducción compulsiva no tiene la naturaleza jurídica que es la fuerza y esa característica no existió y no existir conducción lógica, por lo que solicita la absolución de su patrocinado y el no pago de reparación civil.

c) Sentencia:

El Juzgado Unipersonal de Huaylas – Caraz CONDENA a EMILIO GRABIEL VILLON ESPINOZA, con DNI N° 42852847, como autor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado, en agravio de Juan Edgar Oro Rosas; y como tal impuso CUATRO AÑOS de pena privativa de libertad EFECTIVA, que deberán ser cumplida en el Establecimiento Penitenciario que la autoridad correspondiente designe, tomando en cuenta la fecha de su ingreso esto el 20-02-17 hasta el 19 de Febrero del 2021; fecha en la que deberá ser puesto en libertad siempre y cuando no exista mandato de prisión preventiva o detención en su contra vigente y emanado por autoridad competente. Y Reparación Civil en la suma de CIENTO CINCUENTA soles que deberá cumplir con abonar a favor del agraviado.

Fundamentos principales de la sentencia

- ¿Se ha probado que la intervención realizada el 20-02-17 en la que resultara detenido Emilio Grabiell Villon Espinoza se produjera conforme los parámetros de la flagrancia delictiva?

Si, ya que como hace referencia el artículo 259° del Código Procesal Penal, así como a lo establecido por el Protocolo de Actuación Interinstitucional para el Proceso Inmediato en Casos de Flagrancia y Otros Supuestos bajo el D. Leg. N° 1194, el cual fuera aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2016-JUS, de fecha 10 de Mayo del 2016, siendo que en este último al amparo de lo establecido en la norma procesal considera y define los tipos de flagrancia, siendo que uno de estos la flagrancia presunta la cual consiste en haber encontrado al autor dentro de las veinticuatro horas después de la perpetración del delito y sobre todo con instrumentos o los enseres (como es el caso) materia del delito, circunstancia que se habría dado en el presente caso ya que se encontrado al acusado en la posesión indirecta del bien materia de delito en una acción de transacción con lo cual se evidencia la búsqueda y obtención de un aprovechamiento económico, y con ello un dominio del hecho ya que habría participado en él, desnaturalizando el rol social que ha adquirido, esto es de ser un mototaxista.

- ¿Se ha probado que la intervención del acusado Emilio Grabiél Villon Espinoza ha sido realizado mediante la figura de arresto ciudadano?

Si, ya que como se aprecia de la estructura del texto normativa que regula el arresto ciudadano solo exige que dicha intervención sea realizada en una situación de flagrancia delictiva, situación en la cual se encontraba el acusado, ya que como se ha indicado éste ha sido encontrado dentro de las 24 horas de ocurrido el hecho y en posesión de objetos vinculados a ello, dichas circunstancias han constituido en requisitos para que opere el arresto ciudadano ya que como se tiene entendido que dicha figura opera en nuestro país, a razón de la necesidad de otorgar al ciudadano de a pie la posibilidad de contribuir a la seguridad ciudadana y con ello poder intervenir privándolo momentáneamente de la libertad al agente inmerso en un hecho delictivo siempre se encuentre constatado la realización de un hecho delictivo, otorgando con ello una excepcionalidad para su participación y garantizar la seguridad ciudadana. Respecto a este suceso la defensa ha indicado la imposibilidad de la realización de dicha figura debido a la desproporcionalidad física entre el acusado y la testigo que ejecutara dicho arresto ciudadano, sin embargo, hay que tener presente que el Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 00002-2008-PI/TC expedido en el proceso de inconstitucionalidad contra *“La Ley N.º 29166, que aprueba normas complementarias a la Ley N.º 28222 y las reglas del empleo de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el Territorio Nacional”*, ha establecido que el uso de la fuerza responde a una delimitación conforme a los principios constitucionales de proporcionalidad, necesidad, legitimidad y humanidad, si bien estos se encuentran enmarcados dentro de las facultades de los miembros de las fuerzas armadas y policía nacional, se debe hacer colación de estos para apreciar que conforme dicha Ley contempla que este uso de fuerza tiene un carácter disuasivo, siendo este concepto el que se aplica al caso en concreto ya que la ciudadana que efectuara el arresto habría hecho uso de cierto poder de convencimiento así como también de cierta fuerza, consistente en el balanceo del vehículo lo cual habría originado que el acusado realice la conducta que se le exigía que era ir hacia la Dependencia Policial.

- ¿Se ha probado que la participación del acusado Emilio Grabiell Villon Espinoza ha sido necesaria y dentro del desarrollo del inter criminis al que se le vincula y ocurrido el 20-02-17?

Si, toda vez como lo han referido los testigos, que por inmediaciones del lugar en donde han ocurrido los hechos se han venido suscitando diversos hechos delictivos los cuales consisten en la sustracción de objetos de cierto volumen que fácilmente pueden ser llevados en vehículos menores, tal como el que conducía el acusado, una modalidad conocida como “la mudanza” y en la cual se desarrolla con la participación de otros agentes, desempeñando con ello los respectivos roles el cual consiste en que uno o dos sujetos una vez ubicado el bien u obtenido este recurren a un vehículo automotor el cual se encuentra a la espera de estos y una vez puesto en el vehículo se alejan del lugar con el o los objetos sustraídos y para no ser identificados optan por circular con placas falsas, clonadas o hasta sin ellas, como en el presente caso.

- ¿Se ha probado que el acusado Emilio Grabiell Villon Espinoza cuenta con la calidad y rol de mototaxista además que su vehículo se encontraba en alguna situación especial que le permita circular sin la respectiva placa de rodaje como medio de identificación?

No se ha probado ya que este ha referido realizar dicho servicio de manera informal además de no contar con la respectiva documentación que le permita la autorización para circular, así como para brindar el servicio de mototaxi.

Juicio de subsunción

Establecidos los hechos, así como la normatividad jurídico penal pertinente, corresponde realizar el juicio de subsunción que abarca el juicio de tipicidad, juicio de antijuricidad y el juicio de imputación personal o verificación de culpabilidad.

Con relación al tipo objetivo debe señalarse que la interpretación coherente del tipo penal indica o resalta la conducta de *apoderarse ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde*

se encuentre, entendiéndose por apoderarse como la acción de poner bajo su dominio y disposición inmediata un bien que antes se encontraba en la esfera de custodia de otra persona, siendo que cuando se da dicho apoderamiento, otorga la posibilidad de realizar actos de disposición tan similares como el propietario de dicho bien, lo cual era imposible de su configuración ya que éste no se encontraba dentro de la esfera de custodia del agente sino de la del poseedor; siendo que en definitiva para lograr dicho apoderamiento este debe ser realizado mediante la sustracción, entendiéndose como la acción tendente a desplazar el bien del lugar donde se encuentra, no siendo necesario la intervención directa del agente con el bien, sino que este puede valerse de otros medios o personas para lograrlo, constituyendo esto la fórmula básica la cual conforme al listado de circunstancias descritas en el artículo 186° del Código Penal corresponde incrementar el reproche a dicha conducta.

Además de lo anteriormente dicho, es necesario considerar que dicha acción de apoderamiento y sustracción, está dirigida en contra de un bien ajeno, lo cual evidenciaría que el objeto de protección en sí es la propiedad, sin embargo conforme lo hace ver Peña Cabrera Freyre, lo que en realidad se protege en este delito no es la propiedad, sino el dominio, es decir la “relación de hecho entre la persona y la cosa como poder autónomo sobre el objeto”; ante tal dicho encontramos que dentro de la acepción jurídica de propiedad en la cual está inmersa la posesión, esta también es objeto de protección ya que de no considerarla se estaría dejando al margen aquellas conductas por las cuales el propietario no poseedor sustrae del ámbito de dominio del poseedor no propietario de un bien mueble, por tanto no solo se puede considerar como sujeto pasivo al propietario de un bien sino también al tenedor de este, consistiendo esto en una dualidad para efectos de considerar al agraviado, ya que con ello se puede considerar como sujeto pasivo de la acción al tenedor y como sujeto pasivo del delito al propietario del bien.

En lo que respecta al bien objeto material del delito la legislación ha creído conveniente en aplicación a los postulados de la teoría mixta, un bien debe ser susceptible de ser cuantificado y para ello se pone como base que este

sea superior a cuatro remuneraciones mínimas vitales, esto con la finalidad de establecer un parámetro que posibilite diferenciar al delito de la falta, por ello que la necesidad un monto mayor a las cuatro remuneraciones mínimas vitales para que sea considerado como delito, empero en atención a los parámetros del Acuerdo Plenario N° 004-2011/CJ-116, se ha podido establecer y con ello diferenciar la aplicación del valor pecuniario al que hace referencia el artículo 444° del Código Penal, llegando a considerar que dicho valor solo se encuentra relacionado a la figura del hurto básico, otorgando un margen de autonomía operativa y con ello que la figura del hurto agravado que si bien es cierto requiere la totalidad de los elementos típicos, pero en estos no está incluido el valor pecuniario, ya que el delito de hurto agravado es una figura pluri ofensiva ya que la ley penal asignó tal condición a los hurtos cometidos bajo circunstancias especiales y graves para la sociedad, ya que de continuar con la consideración de la valorización en los casos de las fórmulas agravantes generaría una discriminación por parte del Derecho Penal ya que este solo estaría protegiendo a las personas cuya remuneración asciende a dicho monto, quedando por ende desprotegidas las víctimas de ingresos inferiores, con lo se generaría un Derecho penal tutelar del patrimonio de los socialmente mejor ubicados y de desamparo en perjuicio de quienes tienen menores recursos; así como también que dicha acción estará dirigida en contra de bienes muebles, entendidos como aquellos que pueden ser desplazados de un lugar a otro, entendiéndose a nivel penal como concepto de bien mueble a “todo objeto de naturaleza inmaterial o material, siempre y cuando puedan ser susceptibles de valoración económica y de ser desplazados de un lugar a otro”.

Otro punto que es necesario desarrollar, está relacionada a la “ajenidad”, este como elemento normativo de la construcción típica, ya que la norma penal contempla que el bien objeto de apoderamiento por medio de la sustracción deba ser *ajeno*, consistiendo ello en que el sujeto activo no debe ostentar o poseer algún tipo de propiedad o dominal sobre este, lo que acarrea que para la configuración del tipo penal es necesario que dicho bien mueble deba tener un propietario reconocido, si bien es cierto el bien

jurídico protegido conforme a lo desarrollado no solo sería la propiedad sino también la posesión en la figura del tenedor, para el presente caso estaría descartada dicha circunstancia de imputar que el acusado sería el tenedor ya que ha existido una oposición por el principal afectado, con lo cual ha generado el desarrollo del presente juicio, por tanto se habría establecido que se trata de un bien ajeno.

Un punto adicional sobre la tipicidad está referido a la circunstancia agravante imputada consistente al tratarse de vehículos, autopartes o accesorios, lo cual responde a una esfera de criminalidad, pues se advierte en primera línea, aquel agente, que sustrae y/o se apodera del bien mueble (auto parte o accesorio) ya sea por ardid o violencia y/o intimidación, despojando de sus bienes a su legítimo propietario y/o poseedor produciendo la desposesión y con ello la transferencia de la esfera de dominio del afectado; esta acción nos evidencia la existencia de numerosas personas que se dedican a dicha modalidad utilizando un acto típico de apoderamiento y con ello incluso la distribución de roles ya que esta la persona que sustrae y saca de la esfera de dominio y otros que realizan una conducta más disvaliosa, por lo que la inclusión de dicha modalidad y agravante es en atención a que el objeto material del delito sobre el cual recae la acción penalmente antijurídica, por lo que ante la constante y cotidiana sustracción de vehículos, auto partes y accesorios, aunado al incremento en la casuística respecto a esta incidencia delictiva, el legislador se ha visto en la obligación de considerar esta como una circunstancia que agrava al hecho de la sustracción y apoderamiento ilegítimo.

En el caso de autos el acusado al momento de formular su defensa y autodefensa se basó en la realización de una conducta cotidiana y socialmente aceptada, esto es un rol, el cual consistía en la realización de transporte de personas mediante una mototaxi, lo cual habría realizado a las personas conocidas como Huayanay, Elvis y Kiko para que los llevara por el terminal de Santa Cruz, no dándose cuenta que habían subido una llanta lo cual recién se percató cuando intentaban venderla, y luego de ello la persona de Mariluz Violeta Villar Beltran, subiera a la mototaxi y le dijera que le

haga la carrera a la Comisaria; es que atendiendo a ello y habiéndose hecho mención por parte de la defensa dicha conducta y por ende la formulación del rol, se debe indicar que dicho planteamiento corresponde al desarrollo de la Imputación Objetiva, siendo que ante tal manifestación es necesario proceder a analizar y considerar si se dan los presupuesto o condiciones para determinar si la conducta del acusado se encontraba dentro del desarrollo de una cotidianidad y por ello objeto de reproche por una vinculación con la culpabilidad.

Tal es así que conforme a los medios de prueba actuados como son las declaraciones del agraviado Juan Edgar Oro Rosas, Maryluz Violeta Villar Beltran y Edgar Jesus Vacas Mendoza, se ha podido determinar que los hechos han sucedido entre las 14:00 y 14:45, ya que se aprecia una secuencia cronológica y temporal que a las 14:00 a 14:20 el agraviado habría estado realizando compras en el interior del mercado, por el espacio de veinte minutos y cuando regresa a su vehículo ya no se encontraban los enseres como son la llanta de repuesto, la olla y vivieres dejados en la maletera de su auto, la cual no habría sido objeto de algún tipo de violencia con el afán de poder vulnerar el medio que separaba a dichos bienes con sus sustractores, conforme así se ha dejado constancia con el “Acta de Constatación Policial” de fecha 20-02-17 en la cual se ha hecho ver la facilidad para abrir la maletera por lo cual no ha sido objeto de violencia alguna, ya que de ser así incluso hubiera generado la configuración de otro agravante; y cuando se percata de esto pregunta por los alrededores si habían visto a personas que habrían sacado estos, obteniendo respuesta negativa, sin embargo a los 10 o 15 minutos que el agraviado preguntara sobre dichos bienes los testigos Maryluz Violeta Villar Beltran y Edgar Jesús Vacas Mendoza aprecian un vehículo sospechoso, en el cual se trasladaba el acusado y las personas de Huallanay, Elvis y Kiko, que pasan por el terminal de Santa Cruz y se estacionan, apagan el motor del vehículo y precisamente inician la transacción de la llanta, a lo cual interviene la persona de la testigo Villar Beltran, y procede a intervenir subiéndose a la moto y obligar por medio de acciones de increpar así como de atemorizar con voltear la moto ya que se puso a zarandearla, obligando al acusado

dirigirse a la Dependencia Policial, para ponerlo a disposición a las 14:30 conforme se aprecia del “Acta de Recepción de Detenido por Arresto Ciudadano”, por tanto el tiempo transcurrido al momento de los hechos y la puesta a disposición del acusado ante la Dependencia Policial estarían inmersos dentro de los términos que establece la flagrancia presunta, por tanto los elementos que hace alusión la Casación N° 842-2016-Sullana, no sería de consideración en el presente caso ya que esta hace alusión a elementos relacionados con la cuasi flagrancia, no siendo las circunstancias en las cuales se desarrolló la intervención por arresto ciudadano del acusado Villon Espinoza, ya que no se produjo a razón de una sindicación por un tercero y con posterioridad de la comisión del hecho, sino se procediera a esta dentro de las veinticuatro horas, periodo de tiempo en el que se le encontró y sobre todo con efectos del delito, como es el caso de llanta, procediéndose con su intervención en arresto ciudadano, por tanto el transcurso de tiempo entre el momento concreto de producido el hecho y que se le encontrara con los bienes ha sido mínimo lo cual ha sido trascendental, debido a la proximidad entre ambos eventos, no habiendo existido una sindicación por medio de tercero y con posterioridad al hecho dentro de las veinticuatro horas, sino se ha producido la flagrancia dentro del factor temporal que establece la norma y sobre todo con las especies del delito, por tanto el acusado se encontraría relacionado y vinculado con el hecho punible; por ello y conforme a la secuencia de cómo se han producido y la modalidad empleada, ya que los bienes hurtados, consistentes en víveres y una llanta, los cuales implican un peso que dificultaría la huida de los agentes y por ello requiere de una circunstancia especial, esto es el contar con un vehículo automotor que facilite no solo la huida sino también el ocultar los bienes para su posterior aprovechamiento, esto vincula al acusado dentro de la participación en el hecho en la calidad de autor, ya que este ha tenido un dominio del hecho, participando activamente en su rol de transportista, el cual camuflado en la labor de mototaxista, no generaría sospecha que se encuentra en actividades en contra de la ley.

Esto nos hacer ver una definición y una conexión de accesoriedad que propone Jakobs, quien señala que *“quien participa en la fase previa no*

responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es suyo propio”, por lo que siguiendo dicha línea el hecho que el acusado Villon Espinoza ha hecho suyo es el transporte y el aprovechamiento del bien hurtado, lo cual ya coloca en una fase de consumación del hecho toda vez que la Corte Suprema de Justicia mediante la Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A, del 30 de Septiembre del 2005, denota una adhesión a la teoría de la disponibilidad, con la cual se *“considera como el momento consumativo, cuando este tiene lugar cuando el autor puede disponer de la cosa ajena, habiéndola sacado de la esfera de resguardo o custodia en la que se hallaba, es decir cuando el agente puede comportarse de manera similar que el propietario de la cosa, de forma tal que todo el comportamiento anterior no se comprende dentro de la esfera de la consumación”*, esto sumado al hecho que el acusado ha manifestado conocer a las personas de Huallanay, Elvis y Kiko, lo cual al hacer un análisis tal y como lo propone Felipe Villavicencio Terreros en su artículo “La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana”, propone que para operar la imputación objetiva esta debe de aplicarse bajo cinco reglas:

Primera Regla: No responde como participe quien realiza un comportamiento cotidiano que está relacionado con la conducta delictiva de otra persona, sin embargo, para que opere esta exclusión no debe existir nada en común entre ellos, es por eso que entra a tallar el hecho que el acusado conoce a las personas de Huallanay, Elvis y Kiko, respecto de quienes ha brindado parte de sus apellidos, y por tanto conoce de sus actividades contrarias a ley y pese a ello ha continuado con la acción que ha referido le solicitaron lo cual no le genera un pronóstico favorable y por tanto lo conecta con el hecho aportando una circunstancia especial.

Segunda Regla: que entre el autor y el participe existe algo en común que se limita a un aporte que puede obtenerse en cualquier otro lugar y que no supone un riesgo especial y el autor hace uso de esa contribución para la realización del delito; que para el presente caso la participación del acusado esta en haber aportado el transporte valiéndose de una situación irregular o informal, esto es conduciendo un vehículo automotor menor sin la

respectiva autorización para ello, así como también sin la respectiva placa de rodaje con la cual se identifican los vehículos automotores, aunado al hecho que como indicó su participación con las personas de Kiko, Huallanay y Elvis se iniciara desde las 14:00, lo cual conforme al desarrollo de toda la secuencia delictiva desde la sustracción de los enseres incluidos la llanta y víveres, hasta que fueran ofertados por intermediaciones del lugar en donde se le intervino, que también es próximo con su lugar de domicilio, genera una conexión y vinculación con el hecho, hace que se haya valido de la condición de mototaxista, para poder en una aparente modalidad de raqueteo hasta llegar, ya que de haber sido una “simple carrera” hasta el terminal de Santa Cruz el cual se encuentra a dos cuadras de su domicilio, como así lo indicó el acusado, le hubiera tomado nada más de cinco minutos, sin embargo atendiendo a su dicho este se encontraba junto con sus coautores desde las 14:00 hasta aproximadamente las 14:25, hasta que fue puesto a disposición de la Dependencia Policial de Caraz, por tanto se aprecia un aporte del acusado para poder consumir y obtener el provecho en el presente caso por tanto si bien es cierto este no habría participado directamente en la sustracción y apoderamiento de los vivieres, olla y llanta de repuesto, empero su participación ha sido necesaria ocupando un rol determinado, el de transportista ya que con este han logrado huir del lugar e intentar vender dicho bien; es necesario hacer presente que existen pronunciamientos emitidos por diferentes órganos jurisdiccionales sobre la participación activa del conductor de un vehículo tal como el R.N.Nº 2270-2004-La Libertad, el cual se hace ver la secuencia en la cual participo el agente denotando con ello un dominio del hecho.

Tercera Regla: Existe participación de quien tiene el deber de no disponer de determinados instrumentos; respecto a esto el acusado ha indicado que su participación solamente consistió en hacer el servicio de mototaxi el cual se originó a las 14:00 y que no se percató que habían subido la llanta lo cual ocurriera recién cuando intentaron venderla; situación que no solo no tendría asidero debido a los declaraciones de los testigos, sino hasta de la misma Acta de Arresto Ciudadano, sino incluso con el “Acta de Situación Vehículo Menor”, redactada el 20-02-17 a horas 16:44, en la cual se ha consignado

que el vehículo en el cual circulaba y en el cual se le dirigiera hacia la Comisaria, además de no tener placa de rodaje, presentaba espejo retrovisor, por tanto sería imposible que no haya visto que las personas que presuntamente habrían solicitado sus servicios como mototaxista hayan colocado una llanta, ya que incluso bajo las reglas de la experiencia, relacionadas a la maniobrabilidad de una llanta de repuesto por parte de todas las personas que conducen un vehículo, así como que han experimentado un viaje en mototaxi conocen que el peso de un neumático ya sea inflado o desinflado, con su respectivo aro, ocasiona una reacción en el sistema de amortiguación, en este caso de la mototaxi, ocasionando un especie de rebote y si este neumático es subido a dicho vehículo, el cual tiene un altura de aproximadamente 40 a 45 centímetros, ya sea para la parte de los pasajeros o la trasera va a ocasionar dicho acción de rebote por más que se pueda dejar de manera suave, aunado al hecho que se le encontrara con dicho neumático el cual fuera reconocido por el agraviado, lo cual se dejara constancia de la relación de propiedad del agraviado con dicho bien conforme sea corroborado con el Acta Fiscal de Descripciones de fecha 21 de Febrero del 2017, dándose por cumplida dicha regla, toda vez que se habría corroborado que el acusado se habría encontrado en plena disposición de dicho objeto del delito el cual se encontraba listo para su transacción.

Cuarta Regla: Existe participación cuando de la prestación realizada esta no es de naturaleza neutral, estando ello encontramos que el factor tiempo desde que solicitaron los servicios del acusado en su domicilio el Jr. Los Cipreses para que los dirija hasta el Paradero a Santa Cruz, el cual queda a dos cuadras y que no ameritaría un tiempo mayor a los cinco minutos, sin embargo desde las 14:00 que habrían tomado sus servicios, hasta las 14:20 en que se habría dado cuenta el agraviado de lo ocurrido y hasta el momento que habrían sido encontrados por intermediaciones de la Av. Pumacahua, en donde intervino la señora Villar Beltran, poniéndolo a disposición de la Comisaria de Caraz a las 14:30, para que posteriormente actué la efectivo policial Mery Angeles Oro, quien recepciona el neumático a las 14:35, por tanto esta permanencia de tiempo con sus coautores rompe cualquier posición de situación neutral.

Quinta Regla: con la cual se afirma la responsabilidad si el aporte es calificable de inocuo; siendo que conforme se ha narrado la participación del acusado haciendo uso de su vehículo automotor menor ha sido de vital importancia para la realización de la conducta delictiva denunciada, ya que se habrían operado a razón de dos modalidades conocidas con el argot de mudanza y raqueto, su participación en estas dos es de suma importancia ya que garantiza no solo la huida del lugar sino también el ocultamiento del bien hasta que este sea aprovechado completamente.

Respecto al sujeto activo o autor, de acuerdo al tipo penal, éste puede ser cualquier persona natural, más no jurídica; no se exige alguna cualidad o condición especial en aquél, siendo que tan solo se exige que se haya apoderado de un bien ajeno o parcialmente ajeno por medio de la sustracción.

Con relación al tipo subjetivo se tiene que se requiere que el agente debe actuar con conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo, tales como apoderamiento ilegítimo de un bien total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo de la esfera de dominio de la víctima con la finalidad de obtener un provecho económico, siendo que esta acción dolosa debe estar reforzada por un elemento subjetivo que lo viene a reforzar, el cual consiste en la intención del agente de obtener un provecho económico con la sustracción del bien, el cual es conocido como ánimo de lucro, con lo que se excluye el dolo indirecto y eventual.

Juicio de antijuridicidad

Habiéndose establecido la tipicidad objetiva y subjetiva, de la conducta del acusado, cabe examinar si esta acción típica es contraria al ordenamiento jurídico, o si por el contrario se ha presentado una causa de justificación que la torna en permisible según nuestra normatividad.

Al respecto es de indicar que el accionar del acusado no encuentra causas de justificación previstas en el artículo veinte del Código Penal ni ha sido materia de debate alguno de estos supuestos.

5.3.4. Análisis del Juicio oral:

En el Juicio oral el *Juez unipersonal*, es aquel sujeto procesal que ejerce jurisdicción y forma parte del Órgano Jurisdiccional que, por definición, no es parte ni puede identificarse con ninguna de las partes, ya que *la imparcialidad* es una idea derivada del concepto de jurisdicción.

Puede advertirse que, como características del *Juez Penal Unipersonal*, es la de ser un funcionario estatal, dotado de determinados requisitos de *idoneidad técnica* en orden al conocimiento de las leyes y de su aplicación (VAZQUES: 1997; 116 -117), Este se encarga de conocer, de modo unipersonal, del juicio por hechos punibles con penas pecuniarias o pena privativa de libertad cuyo máximo sea una pena privativa de libertad *menores* a los seis años.

La condición de juez es una de las más altas dignidades de las que puede estar investido el hombre, debido a que, él es: *i*) el dador de la justicia en nombre de la ley, *ii*) el supremo defensor del derecho y de las instituciones jurídicas, *iii*) él quien equilibra la armonía social y la organización civil de un país. Su lucha abnegada por el cumplimiento del deber es algo que el que la sociedad no conoce en toda su dimensión y significado.

En el presente juicio oral el Juez Unipersonal pese a escuchar a los supuestos testigos, **QUE NO VIERON QUIENES SE LLEVARON LA LLANTA** CONDENÓ a EMILIO GRABIEL VILLON ESPINOZA, como autor del delito contra el Patrimonio en la modalidad de Hurto Agravado, en agravio de Juan Edgar Oro Rosas; y como tal impuso CUATRO AÑOS de pena privativa de libertad EFECTIVA. Sin tener para motivar su sentencia: testigo directo, video o indicios de que la acción típica de quien se apodero de la llanta fue EMILIO GRABIEL VILLON ESPINOZA.

5.4. Etapa impugnatoria:

5.4.1. Recurso de apelación:

La Defensa del acusado apeló a la Sala Penal de apelaciones de la Corte

Superior de Ancash, solicitando que declare fundado la apelación, revoque y absuelva al acusado en base a los siguientes argumentos:

a) Con respecto a si existe PARTICIPE DEL DELITO (cómplice primario, cómplice secundario y/o instigador) SIN AUTOR DEL DELITO.

La defensa argumenta que NO EXISTE: i) autor (dentro de la doctrina nacional y o comparada), ii) Ley o, iii) Jurisprudencia penal vinculante que haya desarrollado la teoría del PARTICIPE DEL DELITO (cómplice primario, cómplice secundario y/o instigador) SIN AUTOR DEL DELITO dentro de la teoría finalista a la que corresponde el tipo penal de hurto agravado. Ya que obedece a una simple regla de la ciencia donde se sostiene que no existe objeto secundario sin el objeto principal.

En conclusión, lo único que admite nuestra moderna teoría finalista aceptada por toda nuestra doctrina nacional es la siguiente:

AUTOR INMEDIATO (directo). Es aquel que ejecuta directamente el hecho delictivo (mano propia). Comete “por sí mismo” y sin necesitar de otro sujeto. El código penal sustantivo prescribe: “el que realiza por sí (...) el hecho punible”. Aquel, que con un puñal asesta el cuerpo de la víctima y lo mata.

AUTOR MEDIATO (indirecto). Es quien, teniendo el dominio del hecho, por medio de otra persona (mano ajena), realiza su acción. Es el “autor detrás de otro” –hombre de atrás–.

b) Con respecto *El valor probatorio del testigo de referencia, que NO tiene fuente de información en juicio oral.*

Si a una persona - en el proceso penal - le han contado como ocurrió y quien ocasiono el hecho delictivo, esta persona automáticamente se convierte en un testigo de referencia¹⁶. Y el valor probatorio de este testigo de referencia, solo se tiene como acto de prueba: “si este testigo de referencia señala cuál

¹⁶ En la dogmática penal conocido como testigo de oídas.

es su fuente de información”¹⁷. Para posterior a ello corroborar la fuente de información. Y si el testigo de referencia no tiene fuente de información (testigos directos) – que haya presenciado la acción típica del delito: *su testimonio no podrá ser utilizado, mucho menos valorado para una sentencia condenatoria*. De conformidad con el artículo 166 inc. 2 del código procesal penal¹⁸.

c) Con respecto al PRINCIPIO DE LEGALIDAD ¿existirá el arresto ciudadano, por parte de un testigo de referencia?

La figura del **ARRESTO CIUDADANO, POR PARTE DE UN TESTIGO DE REFERENCIA** no existe en nuestra norma procesal vigente y es arbitrario pretender interpretar forzosamente dicha figura aplicando el artículo 259° inc. 4, la cual es conocida como flagrancia presunta o flagrancia por indicios

5.4.2. Sentencia de segunda instancia:

La Sala Penal de apelaciones declara FUNDADO el recurso de Apelación interpuesto por Emilio Grabiell Villon Espinoza, mediante escrito del 10 de mayo de 2017. REVOCARON la resolución N° 14, del 03 de mayo de 2017, que la que condenó a Emilio Grabiell Villon Espinoza, por el delito contra el patrimonio- Hurto Agravado, en agravio de Juan Edgar Oro Rosas, a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y ciento cincuenta soles por concepto de Reparación Civil y, **REFORMANDOLA ABSOLVIERON** de la acusación fiscal a Emilio Grabiell Villon Espinoza, por el delito y agravio en mención y DISPUSIERON la inmediata excarcelación de Emilio Grabiell Villon Espinoza, siempre en cuando, no tenga mandato de detención o prisión preventiva vigente emanada por autoridad competente.

Fundamentos de la sentencia de vista

De la acusación fiscal fluye que se atribuye a Emilio Grabiell Villon Espinoza, haber hurtado una llanta de repuesto del vehículo de placa de rodaje N°H1J-

¹⁷ Fuente de información = persona o video.

¹⁸ “Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado.

640, marca Caldina, de propiedad del agraviado Juan Edgar Oro Rosas. Este hecho habría ocurrido el 20-02-17, entre las 14:00 y 14:20 horas, en el Jirón Pumacahua S/N, del Distrito de Caraz.

Este hecho fue calificado jurídicamente en el segundo párrafo del artículo 186° del Código Penal que sancionaba este tipo de Delitos con pena privativa de libertad “no menor de cuatro ni mayor de ocho año”, siempre y cuando, se verifique la presencia de alguna circunstancia detallada en el artículo citado, en el caso concreto, la prevista en el inciso 9) (de autopartes o accesorios); aparejada al análisis de la configuración típica del tipo base previsto en el artículo 185° del Código aludido, que prevé: “ El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra (...)”

La actividad probatoria desplegada en el proceso, reviste vital importancia, en la demostración de la verdad de los hechos que se funda determinada pretensión y su control en el procedimiento recursal por parte de la sala penal superior, está supeditada a los alcances y restricciones de la actividad probatoria producida en el juzgamiento.

En este ámbito, cabe anotar que la certeza respecto a la materialidad del delito incriminado y la responsabilidad penal del encausado se logra por tanto prueba directa como por prueba indiciaria, bajo riguroso control de sus suficiencias de cara afirmar su virtualidad procesal para enervar los efectos que despliega la presunción de inocencia en el proceso, debiendo explicitarse las razones pertinentes.

Bajo la línea argumental que antecede, cabe testar la recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto, en la aplicación del Derecho, en estricta sujeción a los datos objetivos que se desprenden de la actividad probatoria producida en el juzgamiento. En ese sentido, se tiene del contenido de auto de enjuiciamiento y respectivo desarrollo de juzgamiento, la admisión y actuación de los siguientes medios probatorios: **i) Testimonial:** Juan Edgar Oro Rosas, Edgar Jesús Vacas Mendoza; Mariluz Violeta Villar Beltran; Mery Diana

Ángeles Oro. **ii) Documentales:** Denuncia Verbal del 20-02-17; Acta de situación de vehículo menor; Acta de constatación Policial y, Acta Fiscal de descripción.

La confrontación de los datos objetivos que arroja la actividad probatoria reseñada con los fundamentos expuestos por el A Quo en la recurrida, evidencian falta de rigor en el tratamiento de (i) juicio de tipicidad, (ii) la flagrancia presunta, (iii) arresto ciudadano y (iv) prueba por indicios.

En torno a la flagrancia presunta, se asevera bajo tal criterio, que el encausado VILLON ESPINOZA, participo en los hechos, por haberse encontrado con “Instrumentos o los enseres” materia del delito. Empero, la aislada verificación de ese tipo de flagrancia o, que es lo mismo, estar en tenencia del objeto del delito, por el imputado y su respectiva vinculación. Ellos, a tenor de la propia configuración de la Flagrancia presunta, que se sustenta en “conjeturas”; esto es, es ajena a su naturaleza, la actualidad e inmediatez del hecho, y la percepción directa y sensorial del mismo. Es a partir de la característica reseñada, que solo podría aseverarse la comisión del Delito por el imputado y su respectiva vinculación siempre y cuando, se haya escrutado con rigor los indicios que sustentan esas conjeturas o intuiciones. En actuados, la conclusión acogida por el A quo, desde que no se sustentó en adecuado control de los indicios, limitándose únicamente en verificar la posesión de la “llanta de repuesto” por el aludido encausado, deviene en erróneo y carente de exhaustividad, especialmente si se tiene en cuenta que ese dato, en forma aislada, no es determinante para desvirtuar la presunción de inocencia.

En efecto, la posesión de algún objeto de delito, en el contexto evaluado por sí sola, no podrá ser conclusivo para afirmar la materialidad del delito bajo análisis, menos ser determinante sobre la participación en el mismo, ya que dicha circunstancia, puede ser consecuencia de variedad de situaciones, como muy bien ejemplifica Jiménez- Villarejo Fernández, al señalar (...) Pueden haberse encontrado en un lugar próximo en que fueron abandonados por el autor de los hechos o haberlos adquiridos desde este (...) (Citado en el acuerdo plenario Extraordinario N° 02-2016/CIJ-116, F.J 08). En uno u otro extremo,

sea para ratificarlas o descartarlas, debió recurrirse a prueba suficiente, a fin de verificar la fuerza acreditativa del mencionado indicio.

Suma lo expuesto, que, en actuados, pese a advertirse que la acreditación del delito no se sustentaba en prueba directa, sino en indirecta (indicios), no se haya recurrido a su respectivo control, para determinar su suficiencia o no. Al respecto debió tomarse en cuenta para tal propósito los criterios fijados por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N°01-2006/ESV-22, bajo el siguiente tenor, la prueba por indicios “ Están en función tanto al indicio, en sí mismo, como a la deducción o inferencia, respecto de los cuales ha de tenerse el cuidado debido, en tanto que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, tal y como está regulado en la ley penal, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; que, respecto al indicio, (a) este Hecho base- ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley- pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar- los indicios deben ser periféricos respecto al dato factico a probar, y desde luego no todos lo son- y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen.

Ahora bien, la prueba indiciaria conforme se ha precisado sirve para establecer un hecho no directamente probado, a partir de otro hecho, conocido y probado en el proceso, para ello debe verificarse: a) que el hecho base a estar plenamente probado; b) deben ser plurales o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa; c) Debe ser concomitantes al hecho que se trata de probar y que los indicios deben ser periféricos respecto al dato factico a probar; y d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí que no excluyan el hecho consecuencia. En actuados se recurre como único hecho base, haber encontrado el encartado VILLÓN ESPINOZA en posesión de la “llanta de repuesto” sustraída; sin embargo, este dato resulta ser uno aislado y ajeno a corroboración por otros indicios. En otros

términos, no se evidencia pluralidad de indicios que sean concomitantes y periféricos al hecho que se pretende probar; además, que el aislado indicio, relativiza su fuerza acreditativa, con el testimonio de Edgar Jesús Vacas Mendoza y Mariluz Violeta Villar Beltran, quienes no identificaron al mencionado encausado como el sujeto que disponía del bien objeto de sustracción, sino refirieron “que la abejita y el tal Kiko, (...) tratan de vender la llanta”. En este punto, aseverar que la actuación de estos dos sujetos también estaba involucrada el multicitado encartado, constituye un despropósito y deviene en impertinente el esboce de razones en esa línea, como se tiene dicho, desde que el fiscal no postulo su tesis inculpativa bajo la figura de pluralidad de agentes. Suma ello, que el propio VILLON ESPINOZA, para justificar su presencia en el lugar de los hechos, refirió que brindaba servicio de taxi a la abejita y al tal Kiko, extremo que resulta plausible, atendiendo al tiempo que se dedica a dicha actividad y, porque, enseguida, también presto ese servicio a Mariluz Villar al conducirla a la comisaria. En suma, la prueba indiciaria en actuados no satisface las exigencias para aseverar su suficiencia y, por ende, carece de virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia que asiste al referido encausado.

Refuerza lo acotado precedentemente, como indicios que controvierte la postura inculpativa, la actitud del encausado VILLON ESPINOZA, quien condujo a Mariluz Violeta Villar Beltran a la comisaria del lugar, para poner en conocimiento de presuntos hechos delictivos en su contra, como es el caso de sustracción de “quiwicha”. Si bien, este suceso ha sido catalogado bajo la figura de arresto ciudadano ; sin embargo, tal consideración es ajena a la propia estructura que se fija para dicho instituto en el artículo 260° del CPP, asimismo no se ha tomado en cuenta que el aludido sentenciado concurrió por propia voluntad a la comisaria, conforme refirió en el juzgamiento, efectuando el servicio de taxi a la señora Mariluz Villar; por lo que dicha actitud no podría reputarse como sospechosa, en contrario, descarta la imputación que se le efectuó.

En suma, cabe concluir que la imputación encaminada atribuir al encausado Emilio Grabiél Villon Espinoza, la Sustracción de llanta de repuesto” del

vehículo de placa de rodaje N° H1J-640, no ha sido debidamente corroborado mediante medio probatorio suficiente e incriminatorio, esto es, los indicios en actuados carecen de aptitud probatoria para acreditar la comisión del delito por el referido encartado, menos su respectiva vinculación. En tal estado de cosas, La presunción de inocencia que le asiste, al no ser desvirtuada, impone su absolución.

5.4.3. Análisis de la etapa impugnatoria:

Los jueces de la Sala Penal de apelaciones, con mejor criterio y realizando un mejor estudio sobre: i) ***El valor probatorio del testigo de referencia, que NO tiene fuente de información en juicio oral; ii) si existe el arresto ciudadano, por parte de un testigo de referencia*** resolvió declarar FUNDADO el recurso de Apelación interpuesto por Emilio Grabiél Villon Espinoza. REVOCANDO al sentencia que condenó a Emilio Grabiél Villon Espinoza, por el delito contra el patrimonio- Hurto Agravado, en agravio de Juan Edgar Oro Rosas, a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva y ciento cincuenta soles por concepto de Reparación Civil y, **REFORMANDOLA ABSOLVIERON** de la acusación fiscal a Emilio Grabiél Villon Espinoza, por el delito y agravio en mención y DISPUSIERON la inmediata excarcelación de Emilio Grabiél Villon Espinoza, siempre en cuando, no tenga mandato de detención o prisión preventiva vigente emanada por autoridad competente.

Cuyos Argumentos principales fueron (...), bajo la línea argumental que antecede, cabe testar la recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto, en la aplicación del Derecho, en estricta sujeción a los datos objetivos que se desprenden de la actividad probatoria producida en el juzgamiento. En ese sentido, se tiene del contenido de auto de enjuiciamiento y respectivo desarrollo de juzgamiento, la admisión y actuación de los siguientes medios probatorios: **i) Testimonial:** Juan Edgar Oro Rosas, Edgar Jesús Vacas Mendoza; Mariluz Violeta Villar Beltran; Mery Diana Ángeles Oro. **ii) Documentales:** Denuncia Verbal del 20-02-17; Acta de situación de vehículo menor; Acta de constatación Policial y, Acta Fiscal de descripción.

La confrontación de los datos objetivos que arroja la actividad probatoria reseñada con los fundamentos expuestos por el A Quo en la recurrida, evidencian falta de rigor en el tratamiento de (i) juicio de tipicidad, (ii) la flagrancia presunta, (iii) arresto ciudadano y (iv) prueba por indicios.

En torno a la flagrancia presunta, se asevera bajo tal criterio, que el encausado VILLON ESPINOZA, participo en los hechos, por habersele encontrado con “Instrumentos o los enseres” materia del delito. Empero, la aislada verificación de ese tipo de flagrancia o, que es lo mismo, estar en tenencia del objeto del delito, por el imputado y su respectiva vinculación. Ellos, a tenor de la propia configuración de la Flagrancia presunta, que se sustenta en “conjeturas”; esto es, es ajena a su naturaleza, la actualidad e inmediatez del hecho, y la percepción directa y sensorial del mismo. Es a partir de la característica reseñada, que solo podría aseverarse la comisión del Delito por el imputado y su respectiva vinculación siempre y cuando, se haya escrutado con rigor los indicios que sustentan esas conjeturas o intuiciones. En actuados, la conclusión acogida por el A quo, desde que no se sustentó en adecuado control de los indicios, limitándose únicamente en verificar la posesión de la “llanta de repuesto” por el aludido encausado, deviene en erróneo y carente de exhaustividad, especialmente si se tiene en cuenta que ese dato, en forma aislada, no es determinante para desvirtuar la presunción de inocencia.

Ahora bien, la prueba indiciaria conforme se ha precisado sirve para establecer un hecho no directamente probado, a partir de otro hecho, conocido y probado en el proceso, para ello debe verificarse: a) que el hecho base a estar plenamente probado; b) deben ser plurales o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa; c) Debe ser concomitantes al hecho que se trata de probar y que los indicios deben ser periféricos respecto al dato factico a probar; y d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí que no excluyan el hecho consecuencia. En actuados se recurre como único hecho base, haber encontrado el encartado VILLÓN ESPINOZA en posesión de la “llanta de repuesto” sustraída; sin embargo, este dato resulta ser uno aislado y ajeno a corroboración por otros indicios. En otros términos, no se evidencia pluralidad de indicios que sean concominantes y

periféricos al hecho que se pretende probar; además, que el aislado indicio, relativiza su fuerza acreditativa, con el testimonio de Edgar Jesús Vacas Mendoza y Mariluz Violeta Villar Beltran, quienes no identificaron al mencionado encausado como el sujeto que disponía del bien objeto de sustracción, sino refirieron “que la abejita y el tal Kiko, (...) tratan de vender la llanta”. En este punto, aseverar que la actuación de estos dos sujetos también estaba involucrada el multicitado encartado, constituye un despropósito y deviene en impertinente el esbozo de razones en esa línea, como se tiene dicho, desde que el fiscal no postulo su tesis incriminatoria bajo la figura de pluralidad de agentes. Suma ello, que el propio VILLON ESPINOZA, para justificar su presencia en el lugar de los hechos, refirió que brindaba servicio de taxi a la abejita y al tal Kiko, extremo que resulta plausible, atendiendo al tiempo que se dedica a dicha actividad y, porque, enseguida, también presto ese servicio a Mariluz Villar al conducirla a la comisaria. En suma, la prueba indiciaria en actuados no satisface las exigencias para aseverar su suficiencia y, por ende, carece de virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia que asiste al referido encausado.

En suma, cabe concluir que la imputación encaminada atribuir al encausado Emilio Grabiél Villon Espinoza, la Sustracción de llanta de repuesto” del vehículo de placa de rodaje N° H1J-640, no ha sido debidamente corroborado mediante medio probatorio suficiente e incriminatorio, esto es, los indicios en actuados carecen de aptitud probatoria para acreditar la comisión del delito por el referido encartado, menos su respectiva vinculación. En tal estado de cosas, La presunción de inocencia que le asiste, al no ser desvirtuada, impone su absolución.

6. Conclusiones:

Cabe concluir que la imputación encaminada atribuir al encausado Emilio Grabiell Villon Espinoza, a la Sustracción de” llanta de repuesto” del vehículo de placa de rodaje N° H1J-640, no ha sido debidamente corroborado mediante medio probatorio suficiente e incriminatorio, esto es, los indicios en actuados carecen de aptitud probatoria para acreditar la comisión del delito por el referido encartado, menos su respectiva vinculación. En tal estado de cosas, La presunción de inocencia que le asiste, al no poder ser desvirtuada, impuso su absolució. Por tanto la sentencia del Juzgado Unipersonal de Huaylas – Caraz se ha motivado aparentemente. Por los siguientes argumentos:

a) Con respecto *El valor probatorio del testigo de referencia, que NO tiene fuente de información en juicio oral.*

Si a una persona - en el proceso penal - le han contado como ocurrió y quien ocasiono el hecho delictivo, esta persona automáticamente se convierte en un testigo de referencia¹⁹. Y el valor probatorio de este testigo de referencia, solo se tiene como acto de prueba: “si este testigo de referencia señala cuál es su fuente de información”²⁰. Para posterior a ello corroborar la fuente de información. Y si el testigo de referencia no tiene fuente de información (testigos directos) – que haya presenciado la acción típica del delito: ***su testimonio no podrá ser utilizado, mucho menos valorado para una sentencia condenatoria.*** De conformidad con el artículo 166 inc. 2 del código procesal penal²¹.

b) Con respecto al PRINCIPIO DE LEGALIDAD ¿existirá el arresto ciudadano, por parte de un testigo de referencia?

La figura del **ARRESTO CIUDADANO, POR PARTE DE UN TESTIGO DE REFERENCIA** no existe en nuestra norma procesal vigente y es arbitrario pretender interpretar forzosamente dicha figura aplicando el artículo 259° inc. 4, la cual es conocida como flagrancia presunta o flagrancia por indicios.

¹⁹ En la dogmática penal conocido como testigo de oídas.

²⁰ Fuente de información = persona o video.

²¹ “Si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, lugar, las personas y medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado.

7. Referencias Bibliográficas:

- Alcacer, R. (2004). *Lesion de bien jurídico o lesión del deber*. Lima - Perú: GRILEY.
- Bramont, L. (2002). *Manual de derecho penal parte general*. Lima - Perú: San Marcos.
- Damianovich, L. (2000). En *Delitos contra la propiedad*. Buenos Aires - Argentina: Universidad S.R.L.
- Fontan, C. (2002). *Derecho penal parte especial*. Buenos Aires - Argentina: Lexis Nexis.
- Hurtado, J. (2005). *Manual de derecho penal parte general I*. Lima - Perú: Editora Jurídica GRILEY.
- Rojas, F. (1999). *Monografías y jurisprudencia especializada*. Lima - Perú: Gaceta Jurídica.
- Salinas, R. (2008). *Derecho penal parte especial*. Lima - Perú: Grijley.
- AMAG. (2000). *Temas de derecho penal especial*. Lima, Perú: Academia de la Magistratura.
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual del derecho penal*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Bazán Seminario, C., Urrutia Villanueva, I., Mejía Hiosa, N., & Haytalla Quispe, A. (2015). *Seguridad Ciudadana Informe Anual 2015*. Lima, Perú: Instituto de Defensa Legal.
- Carruitero Lecca, F. (2014). *Introducción a la metodología de la investigación jurídica*. Lima, Perú: San Bernardo Libros Jurídicos E.I.R.L.
- Dammert, L., Salazar, F., Montt, C., & Gonzáles, P. (2010). *Crimen e inseguridad indicadores para las Américas*. Santiago de Chile: FLACSO.
- Donna, E. A. (2001). *Derecho Penal Parte Especial T -II B*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal Culzoni.
- Durkheim, E. (1986). *Las reglas del método sociológico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- García Herreros, M. (2010). *Fundamentos de la sociología Criminal*. Bogotá, Colombia.
- García, E. (2015). La política Criminal y la delincuencia desconocida. En Á. y.
- Gaspar Chirinos, *Estudios de Política Criminal* (pág. 285). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Guamán Quille, S. E. (2007). *Análisis de robo, hurto y abigeato en la legislación ecuatoriana*. Cuenca, Ecuador.

- Guiddens, A. (1998). *Sociología*. Madrid, España: Alianza Editorial S.A.
- Guiddens, A. (1998). *Sociología*. Madrid, España: Alianza Editorial S.A.
- INEI, I. d. (2015). *Análisis de la información de infraestructura y equipamiento de las comisarías*. Lima, Perú.
- INEI. (2015). *Síntesis estadística 2015*. Lima, Perú.
- INPE. (2015). *Información estadístico penitenciaria*. Cajamarca, Perú.
- Jiménez Ornelas, R. A. (2002). *La cifra negra de la delincuencia en México: sistemas de encuestas sobre victimización*. México.
- Malizia, N. (2010). *Criminologia ed elementi di criminalistica*. Roma, Italia: Knowledge Consortium.
- Mejía Valera, J. (2009). *Sociología del Derecho*. Lima, Perú: JB Editores.
- Mendoza, W., & Gallardo, J. (2013). *Las barreras al crecimiento económico en Cajamarca*. Lima, Perú: JICA - Consorcio de Investigación Económica y Social, CIES.
- MININTER. (2013). *Plan Nacional de Seguridad Ciudadana 2013 - 2018*. Lima, Perú.
- Núñez, J., Rivera, J., Villavicencio, X., & Molina, O. (2003). Determinantes socioeconómicos y demográficos de crimen en Chile. *Estudios de Economía. Volumen 30-01, junio de 2003*.
- Obando Morales, N., & Ruiz Chipa, C. (2007). *Determinantes socioeconómicos de la delincuencia: Una primera aproximación al problema a nivel provincial*. Lima, Perú: CEDEP - CIES consorcio de investigación económica y social.
- Oliver Calderón, G. (2011). Estructura típica común de los delitos de hurto y robo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso no.36 Valparaíso*.
- Pampillón, R. (2007). *Diccionario de Economía*. Madrid, España: IE Business School.
- Paredes Infanzón, J. (2013). El bien jurídico protegido en los delitos contra el patrimonio. En G. Jurídica, *Robo y hurto*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2009). *Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II*. Lima, Perú: Idemsa.
- PNUD. (1997). *Desarrollo humano para erradicar la pobreza Informe sobre desarrollo humano, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo*. Madrid, España: Muldiprensa Libros S.A.

- Prado Saldarriaga, V. R. (2016). *Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro punitivo y nuevo marco legal*. Lima, Perú: IDEMSA.
- Salinas Siccha, R. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial. Volumen*. Lima, Perú: Grijley. Seguridad Ciudadana. (2013). *Seguridad Ciudadana anual 2013*. Lima, Perú.
- Silva Sánchez, J. M. (2001). *La expansión del derecho penal*. Madrid, España: Civitas.
- Solis Espinoza, A. (2004). *Criminología*. Lima, Perú: Editores B y B.
- Spicker, P. (2002). *Pobreza un glosario internacional*. USA.
- Tittle, C. R. (2000). *Los desarrollos teóricos de la Criminología*. Carolina, USA.
- Villavicencio Terreros, F. (2009). *Diccionario de Derecho Penal Jurisprudencial*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Welzel, H. (2011). *Introducción a la filosofía del Derecho*. Buenos Aires, Argentina: IB de F.
- Yañez, R. (2009). Una revisión crítica de los habituales conceptos sobre el íter criminis en los delitos de robo y hurto. *Política Criminal*.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Zeveirin Escribano, A. (27 de octubre de 2014). Las cifras negras de la criminalidad. Universidad de Barcelona. *Comercio y justicia*.

8. Anexo:

EXPEDIENTE PENAL N°:00058-2017-0-201-JR-PE
DELITO: HURTO AGRAVADO