

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



INFORMES PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

EXPEDIENTE PENAL	: N° 01590-2015-0-205-JR-PE-01
MATERIA	: VIOLACION SEXUAL DE MENOR DE EDAD
EXPEDIENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	: N° 00178-2012-0-201-SP-CI-01
MATERIA	: NULIDAD DE RESOLUCION ADMINISTRATIVA

AUTOR:

Bachiller: JUAN GUSTAVO BONILLA TELLO

ASEROR:

Abogado: JULIO CESAR PALA GARCIA

Huaraz-Ancash-Perú

2018



FORMATO DE AUTORIZACIÓN PARA PUBLICACIÓN DE TESIS Y TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN, PARA OPTAR GRADOS ACADÉMICOS Y TÍTULOS PROFESIONALES EN EL REPOSITORIO INSTITUCIONAL DIGITAL - UNASAM

Conforme al Reglamento del Repositorio Nacional de Trabajos de investigación RENATI. Resolución del Consejo Directivo de SUNEDU N° 033-2016-SUNEDU/CD

1. Datos del Autor:

Apellidos y Nombres: **BONILLA TELLO JUAN GUSTAVO**

Código de alumno: 102.1604.429

Teléfono: 996195877

Correo electrónico: tavolt_93@hotmail.com

DNI o Extranjería: 71918625

2. Modalidad de trabajo de investigación:

Trabajo de investigación

Trabajo académico

Trabajo de suficiencia profesional

Tesis

3. Título profesional o grado académico:

Bachiller

Título

Segunda especialidad

Licenciado

Magister

Doctor

4. Título del trabajo de investigación:

Expediente Penal : N° **1590-2015-0-201-JR-PE-01**

Materia : Violación Sexual de Menor de Edad

Expediente Civil : N° **00178-2012-0-201-SP-C1-01**

Materia : Nulidad de Resolución Administrativa

5. Facultad de: Derecho y Ciencias Políticas

6. Escuela, Carrera o Programa: Derecho

7. Asesor:

Apellidos y Nombres: **PALA GARCIA JULIO CESAR** Teléfono: 956956948

Correo electrónico: juliopalag@hotmail.com

DNI o Extranjería: 32040402

A través de este medio autorizo a la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo, publicar el trabajo de investigación en formato digital en el Repositorio Institucional Digital, Repositorio Nacional Digital de Acceso Libre (ALICIA) y el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI).

Asimismo, por la presente dejo constancia que los documentos entregados a la UNASAM, versión Impresa y digital, son las versiones finales del trabajo sustentado y aprobado por el jurado y son de autoría del suscrito en estricto respeto de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Firma:

D.N.I.: 7 918625

FECHA: 31 12 20119

DEDICATORIA

En especial a mis padres y hermana por haberme orientado tenazmente en este largo proceso de formación académica profesional y personal, al expresarme toda su confianza en todo instante.

El Titulando.

INDICE

DEDICATORIA	ii
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE	vii
RESUMEN DEL EXPEDIENTE PENAL.....	1
I. ETAPAS PROCESALES.....	1
1.1. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.....	1
1.2. Etapa Intermedia.....	1
1.2.1. La Acusación.....	1
1.2.2. Audiencia de Control Preliminar de Acusación.....	1
1.3. ETAPA DE JUZGAMIENTO.....	4
1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.....	4
1.5. APELACIÓN.....	9
1.6. SENTENCIA DE VISTA.....	10
II. MARCO TEÓRICO.....	15
2.1. TEORIA GENERAL DEL DELITO.....	15
2.1.1. Concepto de Delito.....	15
2.1.2. La Acción	15
2.1.3. Imputacion Objetiva.....	16
2.1.4. Imputación Subjetiva.....	17
2.1.5. Antijuricidad.....	18
2.1.6. Culpabilidad.....	18
2.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA.....	19
2.3. EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL.....	19
2.3.1. Tipo Penal.....	19
2.3.2. Tipicidad Objetiva.....	21
2.3.3. Agravantes del Delito de Violacion Sexual de Menor.....	23
2.3.4. Bien Juridico Protegido.....	25
2.3.5. Sujetos del Delito de Violación Sexual de Menor de Edad.....	26
2.3.6. Tipicidad Subjetiva.....	27
2.3.7. Error de Tipo.....	28

2.3.8.	Antijuricidad.....	29
2.3.9.	La Tentativa.....	29
2.3.10.	La Consumación.....	30
2.4.	EL PROCESO PENAL PERUANO.....	30
2.4.1.	El Proceso Común en el Nuevo Código Procesal Penal.....	30
2.4.2.	El Esquema Acusatorio en Funcionamiento.....	32
III. ANALISIS DEL EXPEDIENTE PENAL – IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DE LOS PROBLEMAS PRESENTADOS.....		34
3.1.	PROBLEMAS DE FONDO.....	34
3.1.1.	Problemas Accesorios.....	34
3.1.2.	Problema Principal.....	36
3.1.3.	Problemas de Forma.....	37
3.1.4.	Problema Principal.....	39
IV.	JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS.....	41
V.	CONCLUSIONES.....	45
VI.	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	51

RESUMEN

En el presente trabajo, se procederá a realizar el análisis del Expediente Judicial N° 1590-2015, respecto al delito de Violación Sexual en agravio de una menor de edad, en ese sentido, el Titulando ha procedido a analizar tanto la sentencia de primera instancia (condenatoria) y la sentencia de segunda instancia (absolutoria), es decir si dichas sentencias han sido emitidas respetando lo establecido en la Constitución Política del Estado, el Código Penal y el Código Procesal Penal, en la cual se podrá advertir los aciertos y deficiencias a lo largo del presente proceso judicial a cargo de los operadores de justicia. De la misma manera en el presente trabajo se ha desarrollado a detalle el tipo penal antes mencionado y las conclusiones arribadas por el titulando.

El trabajo a presentar ha sido dividido en seis partes, tal y como lo exige el reglamento de grados y títulos: resumen del expediente, marco teórico, jurisprudencia, análisis del expediente, conclusiones y referencias bibliográficas, todas estas tienen singular importancia dado que todas estas van a conllevar al desarrollo minucioso del análisis del proceso penal.

Esperando que el presente trabajo cumpla con los requisitos exigidos para lo cual pongo a vuestra disposición el presente informe, que seguramente adolece de deficiencias en el aspecto jurídico y crítico, esperando que su elevado entender sepa comprender y corregir.

PALABRAS CLAVE: Debido proceso, sana crítica, motivación, duda razonable, violación sexual, prueba pericial, sentencia, apelación.

ABSTRAC

In this work, we will proceed to analyze the Judicial Record No. 1590-2015, regarding the crime of Sexual Rape in the case of a minor, in that sense, the Titular has proceeded to analyze both the judgment of first instance (conviction) and the judgment of second instance (acquittal), that is to say if these sentences have been issued respecting the provisions of the Political Constitution of the State, the Criminal Code and the Criminal Procedure Code, in which the successes and deficiencies can be noted throughout the present judicial process in charge of the justice operators. In the same way in the present work, the aforementioned criminal type and the conclusions reached by the holder have been developed in detail.

The work to be presented has been divided into six parts, as required by the regulation of degrees and titles: summary of the file, theoretical framework, jurisprudence, analysis of the file, conclusions and bibliographic references, all of these are of singular importance since all these they will lead to the thorough development of the analysis of the criminal process.

Hoping that this work meets the requirements for which I put at your disposal this report, which surely suffers from deficiencies in the legal and critical aspect, hoping that your high understanding can understand and correct.

KEY WORDS: Due process, sound criticism, motivation, reasonable doubt, rape, expert evidence, sentence, appeal.

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

NUMERO DEL EXPEDIENTE

- 01590-2015-0-0201-JR-PE-01

AGRAVIADA

- R.L.R.P. (07)

IMPUTADO

- Maldonado Aguilar Adán

MATERIA

- Violación Sexual De Menor De Edad

JUZGADO

- Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial
de Huaraz

PROCESO

- Común

RESÚMEN DEL EXPEDIENTE PENAL

I. ETAPAS PROCESALES

1.1. INVESTIGACIÓN PREPARATORIA:

Reunido los elementos de convicción el representante del Ministerio Público, procede con concluir el proceso de investigación preparatoria y formular el requerimiento acusatorio contra el imputado Adán Maldonado Aguilar por el delito contra la libertad sexual, violación de menor de edad tipificado en el artículo 173° inciso 1° del código penal en agravio de la menor de iniciales R.P.R.L.

1.2. ETAPA INTERMEDIA:

1.2.1. La Acusación:

Mediante escrito presentado de fecha dos de octubre de dos mil quince, el Fiscal Provincial Penal de Aija, formuló acusación contra Adán Maldonado Aguilar, por el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.L.R.P, y solicitó se le imponga pena de cadena perpetua y treinta mil y 00/100 soles por concepto de reparación civil.

1.2.2. Audiencia de Control Preliminar de Acusación:

Audiencia preliminar de control de acusación, la misma que fue llevada a cabo el día 05 de octubre de dos mil quince¹, con la presencia del Ministerio Público, abogada de la agraviada y la defensa necesaria del imputado. Sobre los hechos, el representante del Ministerio Público precisó que en el año dos mil doce, cuando la menor contaba con siete años de edad la cual estaba a cargo del acusado Adán Maldonado Aguilar y su pareja Juana María Mayhuay, quien a su vez es tía materna de la menor agraviada, quienes

¹ Acta de audiencia de folios 1 a folios 10

estaban al cuidado de la menor en el barrio de Chilcao, actualmente denominado Gavino Uribe, en la vivienda N° 107 de la Provincia de Aija; es así que el aludido imputado luego de haber tenido al cuidado de esta menor quien a su vez es su sobrina, aprovechado dicho lazo familiar con la menor agraviada y una vez que ganó su confianza, en el año dos mil doce en horas de la noche, antes del mes de octubre; el imputado ingresó a la habitación, donde la menor agraviada venía ocupando, es decir se encontraba durmiendo, aprovechando de dicha circunstancia, le sujetó de las manos, le tapa la boca y luego le practicó el acto sexual, la misma que ocurrió en dos oportunidades; así mismo el imputado ha amenazado de muerte a dicha agraviada luego de producido dicho acto sexual, posterior a estas circunstancias, el año 2012, la menor es recogida por su madre biológica la señora Teodora Epifania Pantoja Mayhuay quien la traslada a la ciudad de Huaraz, quien la abandona, es así que posterior a estos hechos y por las autoridades de esta provincia se ha tramitado el proceso 1044-2013-0-0201-JR-FT02, sobre abandono moral y material seguido a favor de la menor agraviada, donde se verificó que habría sido ultrajada sexualmente de acuerdo al Certificado Legal número 5027-CLS, la cual motivó que el progenitor de la menor agraviada instara una denuncia penal.

Es en ese sentido que el Juez del Juzgado de Investigación Preparatoria de Aija, a la conclusión de la diligencia de control de acusación, dictó auto de enjuiciamiento mediante resolución número nueve, del cinco de octubre de dos mil quince, en los términos expuestos en la acusación. Asimismo, precisó las partes constituidas, pruebas admitidas para la actuación en el

juzgamiento y dispuso la remisión del proceso al Juzgado Penal competente.

Precisando además las pruebas admitidas para su actuación en juicio oral:

PRUEBAS DOCUMENTALES:

- a) Acta de denuncia verbal de fecha 09/06/2014 suscrito por el padre de la menor.
- b) Acta de entrevista única de cámara Gesell.
- c) El disco de video DVD en el cual la menor narra la forma y circunstancias de cómo habría sido víctima del delito de violación.
- d) El certificado médico legal N° 005027-CLS- emitido por el médico legista Jorge Luis Mosquera Zavaleta, respecto practicado a la menor de iniciales R.P.R.L.

PERICIAS:

El protocolo de pericia psicológica, 007287-2014-PSC, suscrito por la psicóloga Rosa María Nolasco Evaristo.

TESTIMONIALES:

- a) Declaración testimonial de la menor agraviada de iniciales R.P.R. L
- b) Declaración testimonial del Padre de la menor, Rafael Eduardo ribera garro
- c) Declaración testimonial del perito a Jorge Luis Mosquera Zabaleta, respecto al certificado médico legal N° 05027 – CLS practicado a la menor de iniciales R.P.R.L
- d) Declaración testimonial de la psicóloga rosa María Nolasco Evaristo, respecto el del certificado médico legal N° 07287-2014-PSC.

1.3. ETAPA DE JUZGAMIENTO:

- El Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Transitorio, dictó auto de citación a juicio y convocó a los sujetos procesales para el desarrollo del juzgamiento. El juicio oral, tuvo lugar el veintiuno de julio de dos mil dieciséis y se desarrolló, en nueve sesiones, hasta la emisión de la resolución número ocho, del trece de setiembre de dos mil dieciséis, que condenó a Adán Maldonado Aguilar, por el delito contra la libertad sexual, en la modalidad de violación sexual de menor de edad, en agravio de la menor de iniciales R.L.R.P, a cadena perpetua, quince mil y 00/100 soles por concepto de reparación civil y costas.

1.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: Mediante resolución número OCHO de fecha 13 de setiembre de 2016² el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash, dictó sentencia condenatoria en contra del procesado Adan Maldonado Aguilar, con los siguientes fundamentos:

- A) Que, la acusación fiscal encuadra la conducta del acusado en el tipo penal contra la libertad y el honor sexual en la modalidad de violación sexual de menor de edad, tipificado en el artículo 173 inciso 1) del código penal que prescribe: “El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos, introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de la libertad: 1) Si la víctima tiene menos de diez años de edad la pena será de cadena perpetua. (...).

² De fojas 112 a 149

- B)** Que con la expedición de los acuerdos plenarios N° 02-2005/CJ-116 de fecha 30 de septiembre de 2005 sobre: “Requisitos de la sindicación del acusado, testigo o agraviado” los jueces supremos de la sala penal de la corte suprema de justicia de la república han uniformizado los criterios ya brindados con anterioridad por la judicatura suprema para consolidar y uniformizar el examen de evaluación probatoria alrededor de las indicación que efectuó y el testigos de cargo cuya versión puede ser cuestionada por la defensa del acusado, a efectos de determinar cuándo puede ser válida y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia
- C)** Que en cuanto a la persistencia en la incriminación, debe ser mantenida en el tiempo y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones, este factor de ponderación supone: 1) persistencia o ausencia de modificaciones en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima sin contradecirse ni desdecirse. 2) concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades 3) coherencia o ausencia de contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes.
- D)** Se ha acreditado que la menor de iniciales R.L.R.P, contaba con siete años de edad, conforme se desprende del acta de entrevista única en cámara Gesell y el Certificado Médico Legal número 5027-CLS, el Colegiado llega a la certeza que el acusado ha cometido el delito que le imputa el Ministerio Público. En efecto, la prueba a acreditado que la menor agraviada ha sufrido violación sexual por vía vaginal antes de octubre del 2013 por parte del acusado en dos ocasiones a quien la menor ha señalado como el ADAN, como fluidamente lo ha referido en la declaración prestada en cámara Gesell. **[Fundamento sexto].**

E) Se ha acreditado que la menor agraviada ha sufrido violación sexual vía vaginal: **a)** con el testimonio de Rafael Eduardo Rivera Garro ya que dicha declaración presenta consistencia, coherencia y verosimilitud en los detalles que ha proporcionado, respecto a cómo se enteró de los hechos y procedió a denunciar ante la fiscalía de aija, además de ello no se ha evidenciado alguna motivación innoble o espuria que pudiese tener el declarante en contra del acusado. **b)** El examen de la perito psicóloga Rosa María Nolasco Evaristo, sobre el protocolo de pericia psicológica número 007282-2014-PSC, pericia psicológica en la que se indica la afectación emocional sufrida por la menor asociado a estresor sexual, el cual se ha visto vulnerado su normal desarrollo psicosexual y **c)** el Certificado Médico Legal número 05027-CLS, en el cual se señala los signos de Himen desgarrado antiguo, parcial a las V horarios, desgarrado parcial a las VII horarios que presenta la menor agraviada, que son propios de un acto de violación sexual vía vaginal. La defensa no pudo descartar esta conclusión. **[fundamento octavo, noveno y décimo].**

F) También se ha acreditado que el acusado es autor de la violación sexual vía vaginal de la menor agraviada: **a)** con el acta de denuncia verbal del 09 de julio de 2014, la finalidad o pertinencia de este medio probatorio, es que ratifica los hechos materia de imputación, lo que nunca ha variado desde un inicio de la denuncia y la imputación que siempre ha sido contra la misma persona. **b)** El acta de entrevista única en cámara Gesell del 09 de octubre de 2014, acredita la versión de dónde, cuando, cómo ha sufrido la menor y la imputación directa contra el hoy procesado, asimismo la sindicación persistente y coherente de la agraviada, narrando incluso la forma en que el acusado le dijo: te quiero hacer el amor, la besó y le tapó la boca y la ultrajó

en su cuarto donde dormía sola, así dicha sindicación a pesar de la edad de la víctima y la presión que supone declarar luego de sufrir una agresión sexual es efectuado de manera rotunda y contundente, se trata en consecuencia de un medio de prueba que sí acredita la tesis acusatoria. c) La visualización del CD de entrevista única en cámara Gesell, donde se advierte que la sindicación de la menor agraviada tiene el carácter de uniforme, no se contradice en la dirección de su sindicación; la menor en las oportunidades y con sus palabras, propias de una menor de ocho años ha narrado exactamente lo mismo y ha sindicado como autor al procesado. [fundamento undécimo y duodécimo].

G) Además de ello se encuentran corroborado por la propia versión del encausado, quien aún cuando intenta justificar su accionar, durante el proceso ha afirmado que la menor vivía en su casa en Aija en el barrio de chilca, ha referido además que es casado con la hermana de la madre de la menor, precisan que en lo concreto del relato, aunque con ciertos matices coincide con lo vertido por la menor a agraviada y el encausado. **[Fundamento Décimo tercero]**.

H) La versión de la menor R.L.R.P satisface los criterios de certeza del Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116: **a)** Para el colegiado lo narrado por la menor ha sido corroborado no sólo por las circunstancias de tiempo, lugar, espacio, bienes y personas quienes han referido la fecha en el año 2012, asimismo debe dejarse claramente establecido que no existe duda sobre el ultraje sexual que el procesado hizo sufrir a la menor en dos ocasiones, con lo que se advierte que reúne los requisitos establecidos en el acuerdo plenario número dos del año 2005, porque en principio no ha probado que exista ánimo de la menor de hacerle daño al acusado, es más expresamente el acusado ha referido en juicio

que no tenía problemas con la menor cuando estaba en su poder, por lo que dada la edad de la menor es bastante remoto que a la edad de ocho años la menor tenga ánimos subalternos como el de pretender hacer daño a alguna persona e incluso la diligencia fiscal de cámara Gesell fue realizada el nueve de octubre del 2014 casi a dos años del hecho y hasta esa fecha la menor aún mantiene el estresor o sexual. **b)** Por otro lado, persisten el tiempo la imputación que hace la menor al acusado, el mismo que se corrobora con lo visualizado en la entrevista única, siendo además un relato coherente y verosímil porque se encuentra corroborado con la declaración de su Padre, quien ha referido que él se enteró que su hija fue ultrajada sexualmente a raíz de las notificaciones de la fiscalía de familia. Es menester señalar que la declaración de la víctima en los delitos de clandestinidad como el presente caso violación sexual constituye prueba idónea para enervar a la presunción de inocencia en tanto se acredita su consistencia y coherencia, no se ha establecido móviles espúreos en la sindicación y esencialmente a nivel objetivo, existen datos externos periféricos y circunstanciales a la propia declaración de la víctima, que apoyen su versión conforme se ha evidenciado en el caso de autos con los medios probatorio ya glosados ampliamente. **[fundamento décimo cuarto, décimo quinto y décimo sexto].**

- I)** Finalmente el colegiado ha señalado que si bien es cierto que el encausado resulta ser un agente primario quien no registra antecedentes penales ni judiciales en contraste a ello estamos ante un ilícito sumamente grave, considerando que el encausado ultrajo sexualmente no sólo a una menor de edad, sino que ella resulta ser su sobrina, aprovechándose de esa relación

parental y de que ésta se encontraba en indefensión al haberse refugiado en el hogar del encausado. En consecuencia, existe suficiente material probatorio que incrimina al acusado como autor del delito porque el relato de la menor se encuentra sustentado en las pruebas de cargo a que se han hecho referencia.

1.5. APELACION.

➤ **Mediante escrito presentado con fecha 03 de octubre de 2016**³, En ese orden, el sentenciado de primera instancia Maldonado Aguilar, apeló la resolución número ocho y petitionó por escrito su revocatoria y consecuente absolución, en síntesis, consideró la existencia de:

- A) Insuficiencia para acreditar la edad de la supuesta agraviada, es decir no obra un solo medio probatorio que acredite objetiva y adecuadamente la edad de la supuesta agraviada. Añade que el acta de entrevista única no es conducente para acreditar la edad de la presunta agraviada.
- B) Insuficiencia de pruebas para acreditar la imputación, es decir si bien se aplicó el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116, afirmándose que la declaración de la agraviada son coherentes persistentes y solidas, sin embargo no se explicó por qué tal argumentación tiene tal característica.
- C) Respecto a la ausencia de incredibilidad subjetiva, no se tomó en cuenta (i) las contradicciones en el relato fáctico y en la versión consignada en el Certificado Médico Legal número 007132-EIS, (ii) la declaración de la menor no es espontánea y fue introducida por el psicólogo y (iii) no existe pronunciamiento sobre el supuesto de manipulación. Ø No existen elementos objetivos periféricos.

³ De fojas 161 a 176

D) Es mecánica la afirmación de existencia de persistencia, pese evidenciarse contradicciones en relación a la identificación y edad del agresor, así como sobre los actos concretos del atentado.

E) Se ha valorado prueba no actuada en el juicio.

F) El abogado que ejerció la defensa técnica del imputado, no ha demostrado ni verificado defensa eficaz, debido que no ofreció (adecuadamente): (i) las resoluciones judiciales que acreditaron los procesos judiciales entre el padre de la menor agraviada y los familiares del imputado, (ii) el reconocimiento médico legal número 007132-EIS y (iii) la declaración de la madre de la agraviada.

➤ **Por resolución número Diez, de fecha veinticinco de octubre del dos mil dieciséis**⁴, se resuelve conceder el recurso de apelación interpuesta por el abogado del sentenciado ADAN MALDONADO AGUILAR.

➤ **Mediante resolución número catorce, de fecha cuatro de abril dos mil diecisiete**⁵, se resuelve admitir a trámite la apelación presentada por el abogado del sentenciado.

1.6. SENTENCIA DE VISTA de fecha quince de setiembre de dos mil diecisiete⁶:

- **Fundamentos de la Sentencia de Vista:**

a) Con respecto al primer agravio, la defensa técnica del imputado, en este extremo sustentado una insuficiencia probatoria para acreditar la edad de la menor agraviada, toda vez que no obra en autos ni un medio probatorio que acredite de la edad de la agraviada, en ese sentido se debe tener en cuenta que la omisión de incorporar la partida de nacimiento hubiera sido válidamente

⁴ De fojas 179 a 180

⁵ De fojas 198

⁶ De fojas 212 a 221

subsanaable, en tanto se pudo incorporar de oficio; sin embargo, debe de tenerse en cuenta que el artículo 393 numeral 1 del código penal proscribire que no se puede utilizar para deliberar pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en juicio, por lo que, si esta no se actuó o en su caso no se incorporó de oficio, no había forma de estimarla. Por el contrario nada obsta para que el colegiado en ese extremo pueda asignar valor probatorio a fin de acreditar como requiere la defensa del sentenciado a cualquier otro medio probatorio idóneo, previa argumentación y justificación correspondiente, situación de que como se expone no ha sido materia de discernimiento por el ad quo, de lo que deviene que sobre este extremo no aparece fundamento alguno.

b) Respecto al segundo agravio, la defensa sostiene que no se ha tomado en cuenta las contradicciones en función a su versión ante el Médico Legista y que no brinda una declaración espontánea. Respecto a ello se debe tener en cuenta que al ser un delito de carácter sexual, su concreción reviste dificultad dada la clandestinidad de su perpetración, ahí la razón por la que se otorgue virtualidad procesal al testimonio de la víctima. Teniendo en consideración lo establecido en el acuerdo plenario N° 02 -2005/CJ-116, N° 02 -2005/CJ-116, de fecha 30 de setiembre de 2005, y el acuerdo plenario N° 01-2011/CJ-116, la sentencia en grado se desprende que el colegiado de primera instancia arribó a la decisión impugnatoria, sin valorar con exhaustividad las pruebas incorporadas a juicio, en desmedro de una adecuada verificación de concurrencia de las garantías expresadas en el acuerdo plenario N° 02 -2005/CJ-116; los mismos que resultan ser copulativos (conjuntos) y además como lo precisa el acuerdo citado deben de apreciarse en el rigor que

corresponda, es pues una cuestión valorativa que incumbe al juez, debe de analizarse ponderadamente sin que se niegue la posibilidad de matizarlas o adoptarlas al caso concreto, pues no son reglas rígidas, por lo que se tiene en principio que si bien la prueba fundamental de la acusación escriba en la declaración de la menor en cámara Gesell de fecha 09 de octubre de 2014. Ahora bien, de la declaración descrita y de las demás pruebas adjuntas no se puede vislumbrar que tal declaración contenga ausencia de incredibilidad subjetiva, este colegiado superior considera que no basta con ello sino que además debe de repararse si la citada declaración resulta de tal entidad y goza de la segunda garantía esto es de verosimilitud que no solo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe de estar rodeado de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria, en la recurrida respecto a este extremo se tiene que la menor sindicó como sus presuntos agresores a dos personas tanto el imputado como al hijo de este de nombre Jean Carlos (20), de quien refiere haberla agredido en el mismo lugar, por dos veces en el año dos mil doce, cuando esta tenía siete años, hechos que habrían sucedido antes de la presunta agresión sexual del imputado (a quien también le incrimina por haberla violentado sexualmente por dos veces, en el mismo lugar y en el mismo año, empero en disímiles circunstancias) si bien tal afirmación puede corroborarse liminarmente por la declaración del padre de la menor según acta de denuncia verbal a fojas 15 a 17, aunque este resulte también insuficiente pues no se ha ofrecido ni actuado prueba ampliatoria de su declaración, tampoco se ha actuado prueba en juicio que determine dado la imputación a dos sujetos si tal incriminación resulta cierta respecto de uno o de otro o de ambos, además de

analizar si como la menor sostiene tal relato resulta verosímil, esto es si a la fecha de acaecimiento de los hechos, efectivamente la menor vivía en casa del imputado y a su vez, también pernoctaba la persona del hijo del acusado de nombre Juan Carlos; tampoco se advierte en autos, ni ha sido materia de probanza para efectos de corroboración de la versión dada por la menor, si conforme lo relata los hechos sucedieron en el lugar descrito, dado la vaguedad de la imputación (en relación a las fechas y características del citado lugar), no aparece actuado prueba alguna que corrobora la versión de la menor y que bajo este contexto haya sido sometida a evaluación médica a fin de determinar la veracidad de la imputación respecto de los presuntos autores y las consecuencias emocionales que se hayan originado en la agraviada respecto del hecho imputado y de ser cierta la versión de esta, este doble hecho y presunto doble autoría que repercusiones tiene en si psique y conducta actual. Tampoco se ha tomado la declaración ampliatoria del padre, ni menos puede inferirse del certificado médico a fojas 34, algún dato relevante que precise la circunstancias o en su caso se corrobore la versión de la menor sobre la doble autoría, pues la misma se realizó por requerimiento de la comisaria de taclan de fecha 04 de agosto de 2013, sin que se observe la presencia en dicho examen de algún familiar de la menor, a fin de que brinde al médico tratante explicación o antecedente alguno sobre la forma y modo o en su caso la sindicación e individualización del agresor.

- c)** En cuanto a la persistencia en la incriminación, de actuados se verifica que la menor ha brindado una única declaración de fecha 09 de octubre de 2014, la que ha criterio de este colegiado no ha merecido una corroboración mínima explícita no solo de la forma y modo en que ocurrieron los hechos sino de las

consecuencias y secuelas de este, por lo mismo se puede concluir que la imputación efectuada por la menor no cumple con los presupuestos valorativos contenidos en el acuerdo plenario N° 02-2015/cj-116, porque no se desprende una única imputación respecto del acusado.

d) Se debe absolver al imputado de los cargos que contiene la acusación fiscal y por ende revocar la decisión del juez de primera instancia, en tanto exista Duda razonable sobre la autoría en su comisión, pues del acopio y valoración de las pruebas expuestas en juicio, no se puede concluir meridianamente que resulte ser autor del delito imputado por lo que deviene en que más bien non existe pruebas relevantes y de tal entidad incriminatoria de cargo, que lo exhiba fuera de toda duda como el autor del hecho según la imputación fáctica promovida por el ministerio público.

e) DECISIÓN: **DECLARAR FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado Adán Maldonado Aguilar; en contra la sentencia resolución N° 08 de fecha 13 de setiembre del 2016. En consecuencia, Revocaron y Reformándola, declararon **ABSUELTO** de la acusación fiscal.

II. MARCO TEÓRICO:

2.1. TEORIA GENERAL DEL DELITO

2.1.1. CONCEPTO DE DELITO:

Desde el punto de vista jurídico, el concepto de delito se puede asimilar al de su precisión formal que no es otra que toda conducta que el legislador sanciona con una pena. El artículo 11° del código penal, del título consagrado precisamente al hecho punible, nos dice que, [son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penados por ley]. En este concepto se condena o se entiende globalmente por “digno de represión” o por merecedor de pena⁷.

Asimismo se tiene como concepto que el delito es la conducta típica, antijurídica y culpable. Los tres niveles de imputación son la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad. Estos niveles están ordenados sistemáticamente y representan la estructura del delito, y la que reúne a los dos primeros – tipicidad y antijuricidad – se denomina injusto. Sin embargo, para concluir que el sujeto responde por el injusto realizado es necesario además determinar la imputación personal o culpabilidad⁸.

2.1.2. LA ACCION

El derecho penal de hecho o de acto, sanciona conductas humanas y no determinadas cualidades de la persona (derecho penal de autor), pues la conducta humana es el punto de partida de toda reacción penal y es el

⁷ VILLA STEIN, Javier: “Derecho Penal parte General”, Editores ARA – Lima – Perú-Primera Edición 2014 – Pág. 242.

⁸ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal Básico”, Fondo Editorial PUCP – Lima – Perú, 1era Edición 2017, Pág. 55.

objeto al que se agregan características como tipicidad. Antijuricidad y culpabilidad, que convierten la conducta humana en delito.

El concepto de acción es un concepto jurídico o normativo, pues el derecho penal obtiene a través de un procedimiento constructivo donde se le abstrae de la realidad. Nuestro código penal no define la acción, solo se limita a emplear términos que la identifican: acciones u omisiones, hecho, acto, conducta y comportamiento. Se emplea, con mayor frecuencia, términos “acto u omisión”, para referirse a la acción, como se observa en la Constitución (art. 2º, inc. 24, num. D). Entendemos que la acción es toda conducta – consciente y voluntaria – orientada a un objeto de referencia y materializada como expresión de la realidad práctica. En este sentido, los delitos dolosos son procesos de comunicación en los cuales el autor conduce su actividad sobre el objeto y proyecta una pretensión de validez. En delitos imprudentes también existe un proceso de comunicación en el cual el sujeto es consciente frente a los objetos de referencia que están representados por las normas de cuidado de una actividad volitiva y comunicativa donde el objeto de referencia puede ser una norma perceptiva o una actividad en que esté en contacto medio y con otros sujetos⁹.

2.1.3. IMPUTACION OBJETIVA

El tipo penal es la creación legislativa de un conjunto de elementos del delito descritos en la ley penal y es una consecuencia del principio de legalidad. Se trata de la descripción hipotética de la conducta prohibida

⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal Básico”, Fondo Editorial PUCP – Lima – Perú, 1era Edición 2017, Pág. 59.

que realiza el legislador a través de la norma, de manera que una conducta será típica si se ajusta a una descripción normativa.

La tipicidad es la adecuación de un hecho al tipo penal. Es una operación técnica mediante la cual un hecho prohibido en la realidad es subsumido dentro del supuesto de hecho – tipo – que describe la ley penal. Este procedimiento se denomina juicio de tipicidad, que es un proceso de imputación donde se toma como base al bien jurídico protegido.

2.1.4. IMPUTACION SUBJETIVA

La ley penal peruana no define el dolo ni cuáles son sus elementos constitutivos. En la ley penal nacional solo existen referencias, pero no un concepto de dolo.

Sin embargo, a través de la doctrina y la jurisprudencia penal nacionales se acepta que el dolo es conocimiento y voluntad de la realización de todos los elementos del tipo objetivo y es el núcleo de los hechos punibles dolosos. El dolo se presenta dentro del tipo y cumple una función reductora como una de las bases de la imputación subjetiva que fundamentan la responsabilidad del agente.

El dolo se puede presentar en diversos momentos de la realización del injusto: el dolo antecedente se presenta antes de la ejecución del delito; del tipo subjetivo, en cuyo caso no se puede hablar de la existencia del dolo, porque no se puede imputar algo que no se ha dado o que ya se ha producido.

2.1.5. ANTIJURICIDAD

Antijuricidad es contrariedad al derecho. Se trata de un juicio negativo de valor que recae sobre un comportamiento contrario a las exigencias del ordenamiento jurídico.

La antijuricidad es un predicado de la conducta, una cualidad o propiedad que se le atribuye a la acción típica para precisar que es contraria al ordenamiento jurídico, a diferencia de lo injusto, que es un sustantivo que se utiliza para denominar a la acción típica luego que es calificada como antijurídica: es el objeto de valoración de la antijuricidad.

2.1.6. CULPABILIDAD

La culpabilidad es el fundamento para responsabilizar personalmente al autor de una acción típica y antijurídica y sancionado mediante pena. Es el reproche dirigido al sujeto por haber actuado contrario a derecho, pudiendo haber actuado de otro modo¹⁰.

2.2. CONSIDERACIONES SOBRE LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y VALORACION DE LA PRUEBA

La Constitución Política del Estado Peruano, reconoce como uno de los derechos Fundamentales de la persona el derecho de presunción de inocencia, previsto en el artículo 2° numeral 24, literal e), al señalar que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, de allí que para imponer una condena el juez debe alcanzar la certeza de culpabilidad

¹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal Básico”, Fondo Editorial PUCP – Lima – Perú, 1era Edición 2017, Pág. 123.

del acusado y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios practicados en el proceso penal.

La prueba es el elemento esencial en todo proceso, pues sirve para acreditar o demostrar un hecho y produce convicción y certeza en la mente del juzgador; de ahí que cuando en un proceso existe controversia, surge el derecho a probar (como manifestación del principio de la tutela efectiva y el debido proceso), para acopiar y ofrecer la prueba relacionada con los hechos que configuran una pretensión, sin perder de vista que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público quién debe probar los términos de la acusación con las pruebas de cargo suficientes e idóneas pues de no ser así su consecuencia lógica sería la absolución del acusado. Por otro lado, el Juicio Oral es el espacio donde se produce la formación o producción de la prueba. En ello reside la distinción entre actos de investigación y actos de prueba, además que la investigación se caracteriza por ser una fase de averiguación de los hechos, mientras que el Juicio Oral es la fase para la acreditación y adjudicación de los mismos. Por tal motivo el artículo 393.1 del código procesal penal establece que para la deliberación sólo se podrán utilizar aquellas pruebas que se hubieran incorporado legítimamente en el juicio, además que los actos de prueba deben formarse ante el juez que va decidir el caso y ante los sujetos procesales, bajo la observancia de principios elementales como son la contradicción, publicidad, inmediación y oralidad.

2.3. EL DELITO DE VIOLACION SEXUAL

2.3.1. TIPO PENAL:

El tipo penal del artículo 173° de nuestro Código Penal, vigente al momento de la comisión de los hechos el cual contempla que la víctima sea menor de 18 años,

asimismo la pena se ha agravado considerablemente. A continuación, mostraremos tal como ha quedado regulado este articulado 173^{o11}:

“El que, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

Inciso 1.- Si la víctima tiene menos de 10 años de edad, la pena será de cadena perpetua.

Inciso 2.- Si la víctima tiene entre 10 años de edad y menos de 14 años, la pena será no menor de 30 años, ni mayor de 35 años.

Inciso 3.- Si la víctima tiene más de 14 años de edad y menos de 18 años, la pena será no menor de 25 ni mayor de 30 años.

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima, o le impulse a depositar en el su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3 será de cadena perpetua.”

De la descripción del tipo penal, a primera vista se observa que la penalidad para estos delitos es alta, sin embargo, muchos políticos y la población en general han solicitado la instauración de la pena de muerte. Pena que todavía no es posible aplicarla, al menos por el momento, por motivos básicamente jurídicos¹².

¹¹ Artículo 1 de la Ley N° 28704, publicada el 05 abril 2006.

¹² En el año 2006, con la llegada al poder del Dr. Alan García Pérez se propuso en nuestro país la instauración de la pena de muerte para los violadores de menores, a través de un referéndum popular (...) (FUENTE: Comentario elaborado en base a PEÑA CABRERA, Raúl; “Tratado Derecho Penal-Estudio Programático de la Parte General- Tomo I”; Editorial GRIJLEY E.I.R.L, 2da Edición, 1995; Pág. 593 y 594 –“Pena de Muerte”. // BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel; “Manual de Derecho Penal-Parte General”; Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 3era Edición, 2005; Pág. 440-445.// PRIETO, María del Pilar; “Manual de Criminología”; Editorial EDIAR, Buenos Aires – Argentina, 2004; Pág. 137-143).

2.3.2. TIPICIDAD OBJETIVA:

El delito más grave previsto dentro del rubro “DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL” en nuestro Código Penal, lo representa el delito denominado acceso carnal sexual de menor. Este hecho punible se configura cuando el agente tiene acceso carnal sexual por la cavidad vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por la vía vaginal o anal, con una persona menor de dieciocho años de edad cronológica. En ese sentido Caro Coria señala: “La conducta típica se concreta en la práctica del acto sexual o análogo con un menor, según lo antes expuesto ello incluye acto vaginal, anal o bucal realizado por el autor, o por el menor a favor del autor o de un tercero”¹³ . Así también se incluye la introducción de objetos o partes del cuerpo por vía vaginal o anal de la víctima menor, como lo señala el artículo 173° del Código Penal actual. Pero también es muy importante señalar que de la redacción del tipo penal se desprende con claridad que la verificación del delito de acceso sexual de menor no se requiere que el agente actué haciendo uso de la violencia o la amenaza, o poner a la víctima en inconsciencia. En ese sentido, así la víctima menor de edad preste su consentimiento para realizar el acceso carnal sexual u análogo, el delito se verifica como lo señaláramos anteriormente, pues de acuerdo a nuestra normatividad, la voluntad de los menores, cuya edad se encuentre entre el acto del nacimiento hasta los 18 años de edad, no tiene eficacia positiva para hacer desaparecer la ilicitud del acto sexual del sujeto activo. A continuación, vamos a citar dos jurisprudencias con respecto a este punto una relativamente antigua y otra reciente para graficar lo precitado:

¹³ CARO CORIA, Dino Carlos; “Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales-Aspectos penales y procesales”; Editorial GRIJLEY E.I.R.L., Lima-Perú, 1era Edición, 2000; Pág. 111.

- LA EJECUTORIA SUPREMA del 07 de mayo de 1999 declaró: “....Si bien es cierto que las copulas carnales llevadas a cabo entre la agraviada y el encausado, fueron de mutuo acuerdo, también lo es que dada la minoría de edad de la agraviada, no tiene la capacidad plena para disponer de su libertad sexual, por lo que la ley tiende a tutelar esta libertad de los menores de edad, así como también su inocencia cuyo desarrollo psicoemocional se ve afectado por ciertos comportamientos delictivos”¹⁴

En un sentido similar se pronuncia la siguiente ejecutoria suprema:

- EJECUTORIA SUPREMA del 07 de julio del 2003, cuando afirma que “El supuesto consentimiento presentado por la víctima resulta irrelevante para los efectos del presente caso, por cuanto la figura de violación presunta no admite el consentimiento como acto exculpatorio ni para los efectos de reducción de pena, por cuanto en todos estos casos siempre se tendrán dichos actos como violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores”¹⁵

Como vemos nuestros Magistrados han podido plasmar correctamente la esencia de protección al menor en este tipo de delitos. Así también no tiene ninguna importancia para calificar la conducta delictiva ni menos para liberar de responsabilidad penal al agresor, la circunstancia que la víctima-menor de edad se dedique a ejercer la prostitución o que la propia víctima haya seducido al agente o el hecho que aquella con anterioridad haya perdido su virginidad. Situaciones

¹⁴ Exp. 797-99, Lambayeque en Revista Peruana de Jurisprudencia, Trujillo, Normas Legales, 2000, año II, N° 03, Pág. 329 violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores”

¹⁵ R.N. 458-2003 Callao; Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, año 2009, N° 64, enero 2004, Pág. 282

que si bien es cierto se tomaban en cuenta con la legislación de 1924, pero que sin embargo hoy ya han sido superadas ampliamente. Asimismo también es importante señalar, como quiera que lo determinante en estos ilícitos sexuales a menores es la minoría de edad de la víctima, la concurrencia adicional de violencia o intimidación es indiferente aunque debiera servir al juzgador para graduar la pena entre los polos máximos y mínimos, como debiera servirle también, para el mismo propósito, el consentimiento psicológico de la víctima.

2.3.3. AGRAVANTES DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR:

Todas las circunstancias que agravan la conducta de violación sexual de menor aparecen expresamente previstas en el último párrafo del artículo 173 así como en el artículo 173-A, de nuestro Código Penal, y que a continuación desarrollamos:

a) **ULTIMO PARRAFO DEL ARTICULO 173:** 1.- Cuando el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza. Aquí la agravante depende de la calidad personal del agente, comprendiendo dos supuestos claramente diferenciados:

A) PRIMER SUPUESTO: que el agente tenga alguna autoridad sobre el menor por cualquier posición, cargo o vínculo familiar. En ese sentido Bramont Arias Torres¹⁶ señala “que el sujeto activo tenga alguna autoridad sobre el menor por cualquier posición, por ejemplo, es su padre, curador o tutor” 56 Aparte de la relación de autoridad-subordinado, hay cercanía entre agresor y víctima, un vínculo que los relaciona en desigualdad de posiciones. Nuestra Ley

¹⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto; “Manual de Derecho Penal Especial”; Editorial San Marcos, 2da edición, Lima-Perú; 1996; Pág. 225.

fundamenta el castigo y la mayor sanción de estas circunstancias en la superioridad y supremacía que ejerce el autor sobre la víctima.

B) EL SEGUNDO SUPUESTO: se configura también la agravante cuando el agente realiza actos tendientes a lograr la confianza de su víctima, y aprovechándose de esta particular situación, aquel practica cualquiera de las modalidades de acceso carnal sexual. Según Cabanellas “La confianza supone una esperanza firme en una persona, causa o cosa. Así persona de confianza es aquella persona con la que se mantiene trato íntimo, aun no siendo de la familia”¹⁷

En el caso del delito, esta relación de confianza debe existir entre el agente y el menor de dieciocho años. Este último debe tener la firme confianza que aquel no realizara actos tendientes a dañarlo. Si no se verifica esta relación de confianza, la agravante no se configura. En síntesis toda esta agravante constituye una fórmula que permite una interpretación más amplia del artículo 173, y que de alguna manera actúa como complemento para englobar todas las posibilidades de agresión sexual al menor de edad desarrollo psico-emocional se ha visto afectado por el comportamiento delictivo del acusado, que resquebrajan las costumbres de la familia y la sociedad”⁶⁴ Conforme a lo precitado, nuestra norma impone un deber absoluto de abstinencia sexual con los menores de edad y que, implícitamente se entienden carnalmente inviolables, aunque presten su consentimiento. Para nuestro ordenamiento legal solo a partir de los 18 años de

¹⁷ CABANELLAS, Guillermo; “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”; Editorial Heliasta S.R.L; Buenos Aires- Argentina, 1989, 21ª Edición, Tomo II, Revisada, Actualizada, Ampliada; Pág. 282 y 283.

edad existe la verdadera voluntad de entender y captar la trascendencia del acto sexual.

2.3.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO:

Con el delito de violación sexual sobre menor se pretende proteger la indemnidad o intangibilidad sexual de los menores de edad¹⁸. Sobre este punto Monge Fernández señala “Con base en el concepto de indemnidad sexual, la protección de menores e incapaces está orientada a evitar ciertas influencias que inciden de un modo negativo en el desarrollo futuro de su personalidad. En el caso de los menores, para que cuando sean adultos puedan decidir en libertad sobre su comportamiento sexual.”¹⁹De ahí que el fundamento de la protección que hace la ley, a los menores de edad frente a estos abusos sexuales es por su inmadurez psico-biológica. Así Peña Cabrera señala “El fundamento de la tutela es el grado de inmadurez psico-biológico de los menores de edad, situación que los coloca en la incapacidad de controlar racionalmente su conducta sexual. De allí que la ley prescribe la completa abstención”²⁰. Lo precitado, también es corroborado por el distinguido maestro español Francisco Muñoz Conde “... en el caso de los menores de edad, el ejercicio de la sexualidad con ellos se prohíbe en la medida que puede afectar al desarrollo de su personalidad y producir en ella alteraciones importantes que incidan en su vida o su equilibrio psíquico en el futuro”²¹

¹⁸ Así lo expresa: VILLA STEIN, Javier; “Derecho Penal-Parte Especial I-B; Editorial San Marcos; 1998; Pág. 190.

¹⁹ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; “Consideraciones de Dogmática sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su Doctrina Jurisprudencial” en Revista Peruana de Ciencias Penales; Lima – Perú, N°14, 2004. Pág. 275.

²⁰ PEÑA CABRERA, Raúl; “Delitos Contra la Libertad e Intangibilidad Sexuales”; Ediciones Guerreros, Lima- Perú; Edición 2002; Pág. 85.

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco; “Derecho Penal- Parte Especial”; Editorial Tirant lo Blanch; 10ma edición; Valencia-España, 1995, Pág. 412.

2.3.5. SUJETOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL DE MENOR.DE EDAD:

SUJETO ACTIVO.- *“En el delito de Violación Sexual de menor el sujeto activo es cualquier persona, hombre o mujer”*²². El tipo delictivo no exige la concurrencia de alguna cualidad o calidad en especial, salvo en el caso de agravamiento de conducta como ya se ha señalado anteriormente. Incluso puede tener la condición de enamorado, novio o conviviente de la víctima. Generalmente siempre se observa que el sujeto activo es el varón, pero esto no excluye que pueda ser una mujer, tal es el caso de una mujer que brinda sus favores a un muchacho por ejemplo de 11 años, situación que también es punible con el mismo título que el hombre que abusa de una menor de la misma edad.

SUJETO PASIVO. - También en este caso la víctima o sujeto pasivo del supuesto delictivo previsto en el artículo 173 del Código Penal, pueden ser tanto el varón como la mujer, con la única condición trascendente de tener una edad cronológica menor de dieciocho años. Es indiferente si la víctima tiene una relación sentimental con el agente o también, dedicarse a la prostitución²³. El tipo delictivo solo exige que el sujeto pasivo tenga una edad cronológica menor de 18 años, independientemente del nivel de desarrollo de su capacidad de discernimiento, del grado de evolución psico-física que haya alcanzado o de si ha tenido antes experiencias de tipo sexual, sentimental o de cualquier otra índole. El derecho penal en la protección de la sexualidad de los menores no

²² BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto; “Manual de Derecho Penal Especial”; Editorial San Marcos, 2da edición; Lima- Perú, 1996; Pág. 223

²³ En este mismo sentido se expresan: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto; “Manual de Derecho Penal Especial”; Editorial San Marcos, 2da edición; 1996; Pág. 223. SALINAS SICCHA, Ramiro; “Delito de Acceso Carnal Sexual”; Editorial IDEMSA, Agosto 2005, Pág. 185.

realiza una consideración adicional respecto a la vida anterior del menor revisando sus antecedentes morales, sociales, económicos o jurídicos. De ahí que el delito igual se configura así se llegue a determinar que la menor o el menor se dedique a la prostitución, o se llega a determinar que el menor ha tenido con anterioridad al hecho concreto experiencia de acceso carnal sexual. Recordemos que el Legislador al establecer la actual legislación (Ley 28704), ha ampliado el campo de protección del menor de edad, es así que ahora se reconoce tal protección hasta los 18 años, es decir cualquier persona que realice un acto sexual con o sin consentimiento con un menor de 18 años, está inmerso dentro del art. 173 C. Penal correspondiente a este delito grave de violación sexual de menor. Sin embargo, en este punto creemos que la ley puede sufrir en un futuro una modificación en cuanto a esto, y flexibilizar un tanto esta postura, ya que somos de la opinión que un menor de 16 o 17 años puede ser capaz de comprender y tener pleno ejercicio de su libertad sexual, siempre dentro de ciertos parámetros, por ejemplo el caso de los enamorados de tiempo, o de los comprometidos en matrimonio, o convivientes. Por el momento el Legislador en su afán de penalizar las conductas violentas de agresión sexual que hoy día se da en nuestra sociedad ha considerado proteger al menor de 18 años en todo sentido.

2.3.6. TIPICIDAD SUBJETIVA.

Del Tipo penal se desprende que se trata de un delito doloso, no cabe la comisión imprudente desde luego. Por la naturaleza del delito es posible que se configure el dolo en el delito en sus tres clases: dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual. Es así que se daría el dolo directo o indirecto cuando el agresor tiene conocimiento de la minoría de edad de su víctima y no obstante, libre y voluntariamente le practica el

acto o acceso carnal sexual, ya sea por la cavidad vaginal, anal o bucal o en todo caso, le introduce objetos (prótesis sexuales, etc.) o partes del cuerpo (dedos, mano, etc.) en su cavidad vaginal o anal con la evidente finalidad de satisfacer alguna de sus apetencias sexuales²⁴. Mientras tanto que el dolo eventual se presentara cuando el sujeto activo, en el caso concreto, pese a representarse la probabilidad de disponerse a realizar el acceso carnal sexual con una menor de 18 años, no duda ni se abstiene y por el contrario, sigue actuando y persiste en la realización del acto sexual. Aquí, más que incurrir en un error, el agresor obra con total indiferencia respecto al peligro de realizar el acceso carnal con un menor.

2.3.7. EL ERROR DE TIPO: En este punto no hay mayor inconveniente para sostener que en cuanto a la edad de la víctima, es posible que tenga lugar la figura del error de tipo. Se presentara esta situación por ejemplo, cuando el agresor actúe con la firme creencia que el sujeto pasivo con el cual realiza el acceso carnal sexual es mayor de dieciocho años, situación que se resolverá aplicando lo dispuesto en el artículo 14²⁵ del Código Penal, siempre y cuando el autor no hay hecho uso de la violencia o amenaza sobre la víctima, pues de verificarse la concurrencia de estos factores en el caso concreto, el Juzgador subsumirá los hechos al acceso carnal sexual previsto y sancionado en el artículo 170 del Código Penal. Por otro lado, debemos señalar que el Juzgador evaluará en el agente si este se esforzó por saber cuál es la edad de la víctima, no pudiendo excusar, perse, la ignorancia o el engaño, si la existencia de otras circunstancias hubiera imposible que en la práctica se presente

²⁴ VILLA STEIN, Javier; “Derecho Penal-Parte Especial I-B; Editorial San Marcos; Lima-Perú; 1998; Pág. 181 y 191

²⁵ EL ERROR DE TIPO.- “El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuara la pena” (FUENTE: ARTICULO 14 DEL CODIGO PENAL PERUANO).

casos donde funcione de manera podido enderezar tal convicción, no es suficiente, por ello, una credulidad pasiva.

2.3.8. ANTIJURICIDAD: Como es sabido al analizar si un hecho determinado constituye delito, es necesario pasar por tres controles básicos que son: 1) La Tipicidad; 2) La Antijuricidad; y 3) La Culpabilidad. Así lo señala el maestro Zaffaroni “para que exista delito se requiere un carácter genérico - que es la conducta; que debe adaptarse a una de las descripciones de la ley - típica; no estar amparada por ninguna causa de justificación - antijurídica; y finalmente pertenecer a un sujeto a quien le sea reprochable - culpable. Básicamente, delito es conducta típica, antijurídica y culpable”²⁶. En consecuencia, luego de haber analizado la tipicidad tanto objetiva como subjetiva, toca al Magistrado verificar la antijuricidad de la agresión sexual al menor, es decir si existe alguna causa de justificación de las previstas en nuestro art. 20 del Código Penal que eliminaría dicha antijuricidad. Como es obvio la misma naturaleza del delito de violación sexual de menor hace imposible alguna causa justificatoria de tan execrable hecho²⁷.

2.3.9. LA TENTATIVA: Este delito sexual de menor constituye un delito de resultado, en consecuencia es posible que el injusto penal se quede en el grado de tentativa²⁸, es decir que el agresor sexual inicia la comisión del acceso carnal sexual o análogo que Ha decidido voluntariamente realizar, sin embargo por causas extrañas a su primigenia intención o voluntariamente decide no consumir el hecho punible.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio; “Teoría del Delito”; EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires-Argentina, 1973; Pág. 71.

²⁷ CARMONA SALGADO, Concepción; “Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”; En Compendio de Derecho Penal Español – Parte Especial; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid-España, 2000; Pág. 185

²⁸ LA TENTATIVA, - En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena. (FUENTE: ARTICULO 16 DEL CODIGO PENAL PERUANO).

Un ejemplo del primer supuesto se da cuando un sujeto intercepta a un menor y bajo amenazas lo conduce a unos arbustos en un lugar de poca iluminación, para luego obligarle a despojarse de sus prendas íntimas con el propósito de practicarle el acto sexual, no llegándose a consumir el ilícito por la aparición oportuna de un vigilante de la zona, debiéndose colegir que la acción subjetiva del individuo estuvo dirigida a practicar el acto sexual, que no se llegó a consumir por causas evidentemente ajenas a su voluntad. Aquí se aplica lo estipulado en el artículo 16 de nuestro Código Penal.

2.3.10. LA CONSUMACION: Así como ocurren en las conductas sexuales ya descritas, el delito de acceso sexual de menor de edad se perfecciona o consume con la penetración total o parcial de la víctima menor, ya sea vía vaginal, anal o bucal. O en su caso, cuando comienza la introducción parcial o total de objetos o partes del cuerpo en la cavidad vaginal o anal de la víctima.

Esto es, habrá penetración cuando el miembro viril del varón se introduce en alguna de las cavidades ya indicadas del sujeto pasivo-menor de edad o cuando alguna de aquellas cavidades venga a introducirse en el pene del varón-menor agredido, situación que como ya explicamos anteriormente es factible.²⁹

2.4. EL PROCESO PENAL PERUANO

2.4.1. EL PROCESO COMÚN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL

PENAL: El Nuevo código procesal penal en su libro tercero regula el proceso común el cual tiene las siguientes etapas: La primera es la llamada **investigación preparatoria**, que de acuerdo con el artículo 321, inciso 1, del NCPP del 2004, persigue reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que permitan al fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su

²⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro; “Delito de Acceso Carnal Sexual”; Editorial IDEMSA, Agosto 2005, Pág. 195.

defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado. Toda actividad concerniente a la investigación del presunto delito recae sobre el fiscal, quien al instituirse como “titular de la acción penal en los delitos de persecución pública, tiene el deber de la carga de la prueba”. Por consiguiente, el fiscal dirige y conduce la investigación preliminar desde su inicio.

Para ello, tiene la facultad de solicitar a la Policía Nacional la realización de las diligencias que considere conveniente efectuar para esclarecer la situación de hecho ocurrida. En esta etapa, la labor del juez debe ser la de garante del debido proceso y del respeto de los derechos fundamentales de las partes, reconocidos por la Constitución. Para ello, el juez actúa como órgano decisorio, requerimiento del fiscal o de las partes, para a) autorizar la constitución de las partes; b) pronunciarse sobre las medidas limitativas de derechos que requieran orden judicial y —cuando corresponda— las medidas de protección; c) resolver excepciones, cuestiones previas y prejudiciales; d) realizar los actos de prueba anticipada y e) controlar el cumplimiento del plazo en las condiciones fijadas en el código correspondiente.

La segunda etapa es llamada **etapa intermedia**, y se caracteriza fundamentalmente porque el juez de la etapa preparatoria revisa, en audiencia de control preliminar, la decisión final del fiscal: el requerimiento de acusación fiscal o el requerimiento de sobreseimiento de la causa. En ambos casos, el juez confirmará la decisión del fiscal únicamente si considera que él la fundamentó con argumentos convincentes. En el primer caso, emitirá un auto de enjuiciamiento contra el presunto implicado y se

dará inicio a la tercera etapa del proceso penal, el juzgamiento; en el segundo caso, emitirá un auto de sobreseimiento y la causa se archivará con carácter definitivo.

La tercera y última etapa, **llamada juzgamiento**, que es la etapa principal del proceso penal. Ésta se realizará sobre la base de la acusación del fiscal y tendrá como objetivo primordial que se dicte sentencia sobre los fundamentos expresados por las partes procesales, tanto por el fiscal como por el defensor del Estado y el abogado defensor, representante del imputado.

El juzgamiento se realizará en una única audiencia con sesiones continuas e ininterrumpidas hasta su conclusión y de acuerdo con las garantías constitucionales referidas en los párrafos precedentes.

2.4.2 EL ESQUEMA ACUSATORIO EN FUNCIONAMIENTO:

El nuevo esquema procesal penal de corte acusatorio cuenta, como ya hemos señalado, con tres fases. Veamos muy brevemente cómo se desarrollan estas fases y cómo se conectan unas con otras.

La primera fase, de investigación preparatoria, comienza con la interposición de la denuncia, luego de lo cual se inician las diligencias preliminares. El fiscal tiene 60 días para determinar si existen indicios de la comisión de un delito. Concluido este plazo, el fiscal debe decidir entre: a) formalizar y continuar la investigación preparatoria o b) archivar la denuncia. La formalización de la investigación preparatoria da inicio a un lapso de 120 días en los que el fiscal, con apoyo policial, tiene que convencerse de la responsabilidad o inocencia de las personas denunciadas, para lo cual debe desarrollar todos los actos de investigación

necesarios. A su vez, en dicho lapso el fiscal puede requerir al juez el otorgamiento de medidas cautelares o la aplicación de procedimientos especiales.

Concluido dicho plazo, se da inicio a la etapa intermedia, que comienza con la decisión del fiscal respecto a formular un requerimiento de acusación, por estar convencido de la responsabilidad, o formular un requerimiento de sobreseimiento, por considerar que no existe responsabilidad. Como puede notarse, el sustento de esta decisión se encuentra en la fase de la investigación preliminar. Luego de que el juez ha recibido el requerimiento y las partes han sido notificadas, tiene lugar la audiencia preliminar, en caso de que se haya optado por la acusación, o la audiencia de sobreseimiento, si se ha optado por el sobreseimiento. En ambos casos, el juez debe controlar que los actos del fiscal cumplan con los requisitos establecidos en el NCPP. Si se ha optado por la acusación, el juez dictará un auto de enjuiciamiento, y por ende existirá juicio oral; si, por el contrario, se ha optado por el sobreseimiento, el caso será archivado. Con uno de estos actos concluye la etapa intermedia.

Si se ha dictado un auto de enjuiciamiento, los actuados se envían al juez penal competente, quien dicta un auto de citación a juicio. El juicio oral debe tener lugar en la fecha señalada y la sentencia será emitida en un plazo máximo de 48 horas luego de realizada la audiencia.

III. ANALISIS DEL EXPEDIENTE PENAL - IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DE LOS PROBLEMAS PRESENTADOS:

3.1. PROBLEMAS DE FONDO:

3.1.1. PROBLEMAS ACCESORIOS:

A. Determinar si el delito cometido por el procesado fue tipificado correctamente:

El presupuesto exigido para la correcta tipificación en el proceso penal está prescrito en el artículo 349º del Código Procesal Penal, debiéndose identificar los siguientes: “1. La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá: a) Los datos que sirvan para identificar al imputado; b) La relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. (...), así como la cuantía de la pena que se solicite; c) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo. En este caso presentará la lista de testigos y peritos, con indicación del nombre y domicilio, (...)”.

Se observa en el presente caso que la acusación formulada por el representante del Ministerio Público ha sido correctamente tipificada en toda vez que encuadró los hechos en el delito de Violación Sexual de menor de edad, asimismo consideró la agravante que es el vínculo familiar que tenía la agraviada con el procesado, sin embargo se debe tener en cuenta que al momento de realizar la imputación objetiva no ha precisado la relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y

posteriores, a razón de que solo refiere los hechos de manera escueta y sin mucha precisión. Asimismo, en cuanto a los medios de prueba presenta testigos no presenciales, los cuales no ayudan al esclarecimiento de los hechos.

En cuanto a la reparación civil, el Art. 92° del CP vigente establece que la reparación civil, se determina conjuntamente con la pena, del mismo modo, el Art. 93° del citado cuerpo legal indica que la reparación civil, comprende: 1) La restitución del bien o, si no es posible el pago de su valor, 2) la indemnización de los daños y perjuicios. En ese sentido, la reparación civil debe fijarse en un monto que resulte proporcional y razonable a la magnitud de los daños y perjuicios ocasionados a la parte agraviada. En el presente caso considero que es correcto y bien sustentado el monto de dinero solicitado por el representante del Ministerio Público.

B. Establecer si el procesado actuó con dolo o culpa en la comisión del delito:

De los hechos analizados se ha podido llegar a la conclusión que el procesado ha actuado con dolo toda vez que considerando que el encausado ultrajo sexualmente no sólo a una menor de edad, sino que ella resulta ser su sobrina, aprovechándose de esa relación parental y de que ésta se encontraba en indefensión al haberse refugiado en el hogar del encausado.

C. Establecer si las penalidades aplicadas se encuentran arregladas a lo previsto por el Código Penal sobre el delito imputado:

Los hechos que se le atribuye al imputado se encuentra tipificado en el artículo 173°, inciso 1 del Código Penal, prescribe “El que, tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad...” En el presente caso, para la imposición de la pena concreta se ha tomado en consideración las circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión; así como los indicadores objetivos y subjetivos que ayuden a medir la gravedad del delito, del mismo modo el grado de afectación que haya sufrido la parte agraviada, quedando establecida de esa manera una pena concreta de CADENA PERPETUA, es en ese sentido que se determina que la pena impuesta al procesado es correcta y resulta conforme a ley.

3.1.2. PROBLEMA PRINCIPAL:

A. Determinar si el procesado Adán Maldonado Aguilar, es responsable de la comisión del Delito de violación sexual a menor de edad; en agravio de las iniciales R.L.R.P.

Para que se configure un Delito es necesario que la acción u omisión sea típica, antijurídica y culpable, características que llevan a la imputabilidad del sujeto activo.

Del análisis del proceso y de la sentencia de vista se infiere que el procesado Adán Maldonado Aguilar es responsable del Delito de Violación Sexual; en tanto se ha acreditado que existen elementos de convicción, que involucran al acusado con el del delito de violación

sexual a una menor de edad, asimismo de la valoración conjunta de la prueba actuada en Juicio Oral se puede determinar que la imputación realizada por la menor agraviada se encuadra dentro de los alcances del acuerdo plenario N° 02-2005; *es preciso manifestar que el titulado comparte el criterio adoptado por el Juzgado Supraprovincial en el sentido de que se debió de condenar al imputado por el ilícito penal cometido y no está de acuerdo con la posición adoptada por la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash.*

3.1.3. PROBLEMAS DE FORMA:

A. Establecer si la vía procedimental que se siguió fue la correcta:

El proceso en análisis se inicia en el año 2014 y se tipificó bajo los parámetros del artículo 173 numeral 1 del código penal, por tanto, la vía procedimental aplicable fue el del proceso penal ordinario, bajo los alcances del Decreto Legislativo 952° que regula el Código Procesal Penal.

B. Establecer si las Resoluciones y demás actos procesales cumplen con los requisitos formales:

- **Denuncia Fiscal:**

La denuncia verbal de fecha 09/06/2014, suscrita por el padre de la menor agraviada.

- **Auto de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria**

De acuerdo con el artículo 336° del Código procesal penal del 2004, Señala la Formalizar y continuar con la investigación preparatoria, el cual cumple con los requisitos mínimos para la procedibilidad.

- **Acusación Fiscal**

El artículo 349° del código procesal penal en concordancia con el artículo 92 inciso 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, señala los requisitos del escrito de la acusación. De lo que se observa que la acusación fiscal si cumple con los requisitos establecidos en los artículos anteriores.

- **El auto de Enjuiciamiento**

Se ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 353° del código procesal penal

- **El Auto de Citación a Juicio oral**

Cumple con los requisitos establecidos en el artículo 355° del Código de procesal penal

- **La Sentencia de primera instancia**

De la revisión de la sentencia de primera Instancia se puede observar que si cumple con los requisitos formales exigidos en los artículos 394° y 395° del código procesal penal.

- **Sentencia de segunda instancia.**

De la revisión de la sentencia de segunda Instancia se puede observar que si cumple con los requisitos formales exigidos en el 425° del código procesal penal.

- **Determinar si se cumplieron o no los plazos procesales:**

El artículo 342° del Código de procesal penal establece que el plazo de la investigación preparatoria es de ciento veinte días naturales. Solo por causas justificadas, dictando la disposición correspondiente, el juez podrá prorrogarla por única vez hasta un máximo de sesenta días naturales (...), de la investigación preliminar es de 30 días de lo leído se concluye que sí se han respetado los plazos establecidos; asimismo se debe de precisar que la audiencia de control de acusación se llevo en dos sesiones, debido a que el Juez de Investigación Preparatoria mandó a subsanar la acusación, asimismo, el juicio oral se llevó a cabo en nueve sesiones porque se declaró frustrada en varias oportunidades.

3.1.4. PROBLEMA PRINCIPAL:

A. Establecer si el proceso fue llevado dentro de los cánones legales de los principios y garantías del debido proceso:

Nuestro ordenamiento jurídico consagra en la Constitución Política en el artículo 139°, inciso 3, la observancia del debido proceso como una garantía y principio de la función jurisdiccional, que es de carácter general y comprende las demás garantías procesales.

De todos los aspectos analizados, se advierte que en su gran mayoría sí fueron respetados los principios procesales, ya cumplió de manera regular, el debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales conforme a lo previsto en la Constitución Política en su artículo 139, inciso 5, ya que si bien es cierto la Sentencia de Primera Instancia fue emitida respetando el debido proceso, la presunción de inocencia y una correcta motivación, la sentencia de Segunda Instancia,

después del análisis realizado por el titulado se podría considerar que no está arreglada a derecho.

IV. JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS:

- **SALA PENAL PERMANENTE R. N. N.º 766-2014HUÁNUCO**³⁰

“Respecto a la verisimilitud, el relato de la agraviada no es coherente, lógico y tampoco se corrobora con otras pruebas periféricas, pues que el encausado el día de los hechos ingresó a su vivienda y bajo amenaza con una cuchillo la hizo salir, también tomaron medios de transporte públicos para llegar a un hospedaje donde tuvieron relaciones sexuales antes de viajar a Huánuco y llegando a dicha ciudad la tuvo retenida por más de quince días en la vivienda de un familiar de este; todo lo cual no resulta ni creíble, (...)”

- **SALA PENAL PERMANENTE - R.N. 1391-2017, Lima Este**³¹

“Que el recurso defensivo, centrado en el juicio histórico, no puede prosperar. Cabe agregar, finalmente, que la pena de cadena perpetua es la pena tasada esta clase de delitos contra la libertad sexual. El Tribunal Constitucional validó la legitimidad de esta pena -ciertamente relativizada el tiempo como estableció nuestro legislador al incorporar el artículo 59 guión A al Código de Ejecución Penal mediante el Decreto Legislativo número 921, de dieciocho de enero de dos mil tres, por lo que no cabe un cuestionamiento al respecto (véase: Sentencia del Tribunal Constitucional número cero tres guión dos mil cinco guión PI oblicua TC, de nueve de agosto de dos mil seis)”.

- **SALA PENAL TRANSITORIA - R.N. Nº 1954-2016, SAN MARTÍN**³²:

“Que si la norma penal, aplicada por la sentencia cuestionada, fue declarada inconstitucional es evidente que el hecho se enmarca en el tipo legal

³⁰ R.N. N° 766-2014- HUANUCO, Fundamento Décimo Primero

³¹ R.N. 1391-2017, Lima Este, Fundamento Séptimo

³² R.N. N° 1954-2016, San Martin- Fundamento Tercero

del **artículo 170** del Código Penal, pero vigente cuando se perpetró el delito (según la Ley número 28704, de 5 de abril de 2006). No puede aplicarse el nuevo tipo penal por falta de vigencia cuando se perpetró el delito, es decir, la Ley N° 30076, de 20 de agosto de 2013. El **artículo 6** del Código Penal, en función a su extensión y dado el principio que lo sustenta – **favorabilidad de la ley penal material en el tiempo**–, reconocido por el artículo 103 de la Constitución, impone que se reacomode la tipificación y la pena, según la fecha de su comisión y acorde con las nuevas circunstancias valorativas sancionadas por el Tribunal Constitucional, de aplicación **retroactiva** en este último caso.”

- **ACUERDO PLENARIO 1-2011/CJ-116**³³

“El proceso penal incorpora pautas probatorias para configurar el delito de violación sexual. Una de estas es la referida a la correcta determinación del objeto procesal y lo que es materia a probar. Tal consideración condiciona el derrotero sobre el cual deberá discurrir la actividad probatoria, pertinente y útil, que permita arribar a la determinación de la autoría del hecho y a la aplicación de una consecuencia jurídico penal.”; “A efectos de evitar la victimización secundaria, en especial de los menores de edad, mermando las aflicciones de quien es pasible de abuso sexual, se debe tener en cuenta las siguientes reglas: **a) Reserva de las actuaciones judiciales; b) Preservación de la identidad de la víctima; c) Promover y fomentar la actuación de única declaración de la víctima.** Esta regla es obligatoria en el caso de menores de

³³

ACUERDO PLENARIO 1-2011/CJ-116 - Fundamento 21 y 38

edad, valiéndose para ello de las directivas establecidas por el Ministerio Público en la utilización de la Cámara Gesell, especialmente respecto a la completitud, exhaustividad y contradicción de la declaración”.

- **ACUERDO PLENARIO 2-2005/CJ-116³⁴**: Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aún cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico testis unus testis nullus, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes: **a.** Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. **b.** Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria. **c.** Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior.
- **EXP. 0618-2005-PHC/TC³⁵**: La sentencia condenatoria se fundamenta en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible,

³⁴ Acuerdo Plenario 2-2005/CJ-116: Fundamento 10.

³⁵ EXP. 0618-2005-PHC/TC – Fundamento 22.

sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción de inocencia.

- **CASACIÓN NÚMERO 96-2014/TACNA³⁶**: En un sistema de sana crítica la valoración de la prueba no se deja librada a la íntima convicción del juez, al contrario, debe valorarlo teniendo en cuenta las circunstancias cambiantes locales y temporales, así como las particularidades del caso concreto, mediante una valoración razonada, la que debe ser motivada, a través de criterios normativos que sirven al juez en una actitud prudente y objetiva con la finalidad de emitir juicios de valor.

³⁶ Casación número 96-2014/Tacna – Fundamento 05.

V. CONCLUSIONES:

- ✚ **Primero:** Del análisis del presente proceso se concluye que tuvo una correcta tipificación del hecho, asimismo se debe tener en cuenta que, al tratarse de delitos sexuales a menores de edad, debe rechazarse tajantemente, en tanto se sanciona la actividad sexual en sí misma, lo protegido son las condiciones físicas o psíquicas para el ejercicio sexual en libertad; y más si se trata de una menor de edad que tiene la calidad de indefensa. Del mismo modo se desprende que la investigación preliminar y preparatoria ha sido llevada de manera regular, toda vez que se pudo conseguir los medios de prueba suficientes para lograr la condena del procesado, sin embargo, se debe tener presente que en la etapa Intermedia, el representante del Ministerio Público no incorporó medio probatorio alguno con la cual se acredite la edad de la menor, omisión que tampoco fue advertida por el Juez de la Investigación Preparatoria al momento de emitir el auto de enjuiciamiento.
- ✚ **Segundo:** Teniéndose en cuenta que, para efectos de configuración del hecho punible, sólo bastará verificar la voluntad contraria de la víctima a practicar el acceso carnal sexual; fluye del proceso analizado, que se ha comprobado la afectación a la indemnidad sexual. Por lo que la condena impuesta en primera instancia esta conforme a derecho.
- ✚ **Tercero:** El titulado comparte lo resuelto por el Juzgado Penal Supraprovincial de Huaraz en la sentencia de primera instancia por los siguientes considerandos:
 - 1) Considero que la resolución número ocho, se encuentra conforme a los estándares de motivación que se exige, así como la conclusión de certeza plena alcanzada por el colegiado, es producto de una valoración racional de los medios probatorios actuados, según el bagaje probatorio incorporado en el juzgamiento, dando cuenta de expresiones sustentadas, en razones fácticas y jurídicas para

considerarla ajustada a las exigencias constitucionales de una debida motivación, en tanto acomete con suficiencia el análisis de la posición de los sujetos procesales [debidamente fijado en los fundamentos 4.3 al 4.5], en base de los medios probatorios, a través de su escrutinio individual y, luego, en su compulsa global [efectuado sexto al décimo sexto fundamentos], respetándose en todo momento del procedimiento valorativo las reglas de la sana crítica, acorde al inciso 1), del artículo 158° e inciso 2), del artículo 393° del Código Procesal Penal de 2004, en las notas que se distinguieron del fundamento veintidós al veinticinco de la presente. **2)** Se acreditó que la menor de iniciales R.L.R.P, contaba con siete años de edad, conforme se desprende de la acta de entrevista única en cámara Gesell y el Certificado Médico Legal número 5027-CLS, el Colegiado llega a la certeza que el acusado ha cometido el delito que le imputa el Ministerio Público. En efecto, la prueba a acreditado que la menor agraviada ha sufrido violación sexual por vía vaginal antes de octubre del 2013 por parte del acusado en dos ocasiones a quien la menor ha señalado como el ADAN, como fluidamente lo ha referido en la declaración prestada en cámara Gesell. [Fundamento sexto]. **3)** También se acreditó que antes de octubre de dos mil doce, el encartado Maldonado Aguilar, sometió a la menor de iniciales R.L.R.P, al acceso carnal, vía vaginal, en dos oportunidades. Así, se desprende, del contenido de la acta de entrevista en cámara Gesell, y respectivo registro de audio, por un lado, a nivel de verosimilitud interna, que la versión de la agraviada antes citada, ratificó la tesis incriminatoria al brindar datos sustanciales, ajenos a contextos de odio, resentimiento y enemistad - ausencia de incredulidad subjetiva-, referidos al lugar de los hechos ["segundo piso" de la casa de sus tío (Adán)], sobre la identificación de su agresor ["tío" Adán] y la descripción de concretos actos lesivos en su contra ["su papá también

hizo lo mismo, su hijo dos veces y el padre también", "yo tenía siete años y estaba por cumplir ocho", "esta(ba) durmiendo como no había luz en mi cuarto yo me llevaba la linterna, y él siempre iba a ver las vacas, y entonces una noche vino y se echó en mi encima, esa noche no me hizo nada, al día siguiente día ya fue eso, me pasó", "El se echó en mi encima, se tapó con mi cama todo, me comenzó a besar en mi boca", "me tapó mi boca", "si avisas te voy a matar"]. 4) Suma ello, por otra, desde la verosimilitud externa, la concurrencia de datos objetivos que afianzan los datos esenciales que anteceden, y se obtuvieron (i) del testimonio de Rafael Eduardo Rivera Garro, quien ratifica los datos relacionados a los actos de agresión, la identificación del agresor y las amenazas proferidas en contra la menor mencionada, extremos que han sido perennizados en acta de denuncia verbal del 09 de julio de 2014; (ii) el examen de la psicóloga Rosa María Nolasco Evaristo, sobre los alcances del Protocolo de Pericia Psicológica número 007287-2014-PSC, quien indicó que la menor de iniciales R.L.R.P, presentaba indicadores de afectación emocional asociados a estresor sexual; y, (iii) el Certificado Médico Legal número 05027-CLS, que da cuenta que la agraviada en mención, presentaba signos de desfloración himeneal antigua, esto es a nivel del himen se evidenció desgarramiento antiguo parcial a las V horas, desgarramiento antiguo parcial a las VII horas, lo que a decir de la Corte Suprema de Justicia es impropio para un ser humano de dicha edad y guarda correspondencia con los actos de agresión sexual. En suma, el escrutinio individual y conjunto de las pruebas que anteceden, brindan aptitud probatoria contundente a la versión de la menor de iniciales R.L.R.P, como prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que asiste al encausado Maldonado Aguilar, ello previa verificación de los criterios de certeza que se detallan en el Acuerdo Plenario número 02-2005/CJ-116, en consonancia

con los especificaciones para su adecuada apreciación desarrollados en el Acuerdo Plenario número 01-2011/CJ-116, es decir, se establece que la declaración no se sustentó en motivos espurios y esta correlacionada de modo consistente y coherente con otros elementos objetivos incorporados al proceso; así mismo que dicha declaración se consolidó en datos que permiten una mínima corroboración periférica. Y en el ámbito de la persistencia se advierte constancia en el relato.

✚ El titulado no comparte lo resuelto en segunda instancia por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash, por los siguientes argumentos: **1)** Brota manifiestamente su ilogicidad, por cuanto el correcto entendimiento humano demanda que un aspecto objetivo esencial, como la edad de la agraviada, puede ser objeto de probanza en segunda instancia, pues constituye un elemento típico que no requiere mayor debate, sino la visualización de un documento oficial que dé cuenta de la fecha de nacimiento de la menor. Si bien es cierto, concurre un defecto en su postulación, que no fue advertido en el control de acusación ni en el auto de enjuiciamiento; tal omisión, atendiendo a la naturaleza del *thema probandum*, pudo ser objeto de debate y contradicción en la audiencia de vista, dado que la Sala Superior, en un riguroso manejo que el caso demanda, tiene posibilidades distintas a la revocación absoluta de una decisión de condena, conforme consta en inciso 3 del artículo 425 del NCPP, o en su defecto, se pudo ordenar su incorporación al debate en segunda instancia. **2)** La Sala Superior que revocó una decisión de condena por violación sexual de una menor de edad, que al tiempo de los hechos tenía siete años, no evaluó de manera integral, imparcial y razonable los siguientes datos: (i) Los hechos imputados datan de octubre de dos mil doce, cuando la menor tenía, según la acusación, siete años de edad; (ii) El juicio de apelación se llevó a cabo el primero de septiembre de dos

mil diecisiete -folios 210 y siguiente-, y desde la fecha de los hechos hasta dicha oportunidad, transcurrieron cinco años, periodo en el que la menor contaba con doce años de edad. La edad de la menor, al tiempo de la realización del juicio de apelación, la sitúa dentro de la escala etérea que protege el tipo penal previsto en el artículo 173° del Código Penal; por ello, su delictuosidad se mantiene. Además, no se trata de un caso en el que el dato cronológico es indeterminado o de difícil averiguación. Por tanto, la decisión asumida como consecuencia de la falta de la partida de nacimiento es ilógica. **3)** Es cuestionable que para arribar a tal conclusión, los jueces superiores emplearon erróneamente el mandato previsto en el inciso 1 del artículo 393° del NCPP -El juez penal no podría utilizar para la deliberación pruebas diferentes a aquellas legítimamente incorporadas en el juicio-, por cuanto dicha regla sirve para la deliberación y votación de la sentencia en segunda instancia, más no para una de manejo o dirección de audiencia que, conforme al artículo 424° del NCPP, confiere al Juez de la Sala la facultad de dirigir el debate, aplicando las mismas reglas previstas para la primera instancia, en la que resultaría posible la incorporación u ordenar su actuación como prueba de oficio, conforme al inciso 2) del artículo 385° del NCPP. **4)** También se cuestiona el razonamiento señalado a la presunta insuficiencia probatoria de la que da cuenta la sentencia de Vista, dado que tal declaración se expidió como efecto reflejo de la desestimación de la edad de la menor, y no se evaluaron debidamente los siguientes medios probatorios: (i) Declaración en la cámara Gesell, contenida en el acta de entrevista única, realizada el nueve de octubre de dos mil catorce, cuando la menor tenía diez años de edad; (ii) El certificado médico legal número 5027-CLS, del cuatro de agosto de dos mil trece, que da cuenta de que una persona menor de edad, de ocho años, presenta signos de desfloración himeneal antigua,

circunstancia impropia para un ser humano de dicha edad; y, (iii) El protocolo de pericia psicológica, cuya conclusión expresa que la menor tiene afectación emocional asociada a estresor sexual y que se vio vulnerada en su normal desarrollo psicosexual.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

- ❖ En el año 2006, con la llegada al poder del Dr. Alan García Pérez se propuso en nuestro país la instauración de la pena de muerte para los violadores de menores, a través de un referéndum popular (...) (FUENTE: Comentario elaborado en base a PEÑA CABRERA, Raúl; “Tratado Derecho Penal-Estudio Programático de la Parte General- Tomo I”; Editorial GRIJLEY E.I.R.L, 2da Edición, 1995; Pág. 593 y 594 –“Pena de Muerte”. // BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel; “Manual de Derecho Penal-Parte General”; Editorial y Distribuidora de Libros S.A., 3era Edición, 2005; Pág. 440-445.// PRIETO, María del Pilar; “Manual de Criminología”; Editorial EDIAR, Buenos Aires – Argentina, 2004; Pág. 137-143).
- ❖ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto; “Manual de Derecho Penal Especial”; Editorial San Marcos, 2da edición, Lima-Perú; 1996; Pág. 223 y 225
- ❖ CABANELLAS, Guillermo;” Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”; Editorial Heliasta S.R.L; Buenos Aires- Argentina, 1989, 21ª Edición, Tomo II, Revisada, Actualizada, Ampliada; Pág. 282 y 283.
- ❖ CARMONA SALGADO, Concepción; “Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales”; En Compendio de Derecho Penal Español – Parte Especial; Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.; Madrid-España, 2000; Pág. 185
- ❖ CARO CORIA, Dino Carlos; “Delitos Contra la Libertad e Indemnidad Sexuales-Aspectos penales y procesales”; Editorial GRIJLEY E.I.R.L., Lima-Perú, 1era Edición, 2000; Pág. 111.

- ❖ Exp. 797-99, Lambayeque en Revista Peruana de Jurisprudencia, Trujillo, Normas Legales, 2000, año II, N° 03, Pág. 329 violación sexual, dado que lo que se protege es la indemnidad sexual de los menores”
- ❖ EL ERROR DE TIPO.- “El error sobre un elemento del tipo penal o respecto a una circunstancia que agrave la pena, si es invencible, excluye la responsabilidad o la agravación. Si fuere vencible, la infracción será castigada como culposa cuando se hallare prevista como tal en la ley. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuara la pena” (FUENTE: ARTICULO 14 DEL CODIGO PENAL PERUANO)
- ❖ LA TENTATIVA, - En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer, sin consumarlo. El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena. (FUENTE: ARTICULO 16 DEL CODIGO PENAL PERUANO).
- ❖ R.N. 458-2003 Callao; Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, año 2009, N° 64, enero 2004, Pág. 282.
- ❖ Así lo expresan: PEÑA CABRERA, Raúl; “Delitos Contra la Libertad e Intangibilidad Sexuales”; Ediciones Guerreros, Lima- Perú; Edición 2002; Pág. 86.
- ❖ MONGE FERNÁNDEZ, Antonia; “Consideraciones de Dogmática sobre los tipos penales de agresiones sexuales violentas y análisis de su Doctrina Jurisprudencial” en Revista Peruana de Ciencias Penales; Lima – Perú, N° 14, 2004. Pág. 275.
- ❖ PEÑA CABRERA, Raúl; “Delitos Contra la Libertad e Intangibilidad Sexuales”; Ediciones Guerreros, Lima- Perú; Edición 2002; Pág. 85.

- ❖ MUÑOZ CONDE, Francisco; “Derecho Penal- Parte Especial”; Editorial Tirant lo Blanch; 10ma edición; Valencia - España, 1995, Pág. 412.
- ❖ VILLA STEIN, Javier; “Derecho Penal-Parte Especial I-B; Editorial San Marcos; Lima-Perú; 1998; Pág. 181 y 191
- ❖ ZAFFARONI, Eugenio; “Teoría del Delito”; EDIAR Sociedad Anónima Editora Comercial Industrial y Financiera, Buenos Aires-Argentina, 1973; Pág. 71.
- ❖ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: “Derecho Penal Básico”, Fondo Editorial PUCP – Lima – Perú, 1era Edición 2017.

EXPEDIENTE

CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO

INDICE

RESUMEN.....	iv
ABSTRAC.....	v
DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE.....	vi
RESUMEN DEL EXPEDIENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	1
I. ETAPAS PROCESALES.....	1
1.1. ETAPA POSTULATORIA.....	1
1.1.1. La Demanda.....	1
1.1.2. El Auto Admisorio.....	4
1.1.3. Contestación de la Demanda.....	4
1.1.4. Deduzco Excepción de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa.....	6
1.1.5. Absolución de Traslado.....	8
1.2. ETAPA PROBATORIA.....	9
1.2.1. Auto de Saneamiento Procesal.....	9
1.2.2. Fijación de Puntos Controvertidos.....	10
1.2.3. Recurso de Apelación.....	11
1.2.4. Dictamen Fiscal.....	11
1.2.5. Alegatos.....	12
1.3. ETAPA DECISORIA.....	12
1.3.1. Sentencia de Primera Instancia.....	12
1.4. ETAPA IMPUGNATORIA.....	18
1.4.1. Apelación de Sentencia.....	18
1.4.2. Dictamen Fiscal.....	19
1.4.3. Sentencia de Segunda Instancia.....	20
1.5. RECURSO DE CASACIÓN.....	27
1.5.1. Ejecutoria Suprema.....	28
1.6. ETAPA DE EJECUCIÓN.....	29
II. MARCO TEORICO.....	30
2.1. Finalidad del Proceso Contencioso Administrativo.....	30
2.2. Pretensión de Nulidad o Ineficacia.....	31
2.3. Causales de Nulidad del Acto Administrativo.....	32

2.4.	Requisitos de Validez del Acto Administrativo.....	33
2.5.	La Regla en el Agotamiento de la Via Administrativa.....	34
2.6.	Excepción de Falta de Agotamiento de la Via Administrativa.....	37
2.7.	El Debido Procedimiento Administrativo.....	39
2.8.	Garantias del Debido Procedimiento Administrativo.....	39
2.9.	Los Contratos Laborales.....	43
2.10.	Los Contratos de Trabajo Modalidades frente a los Fallos del Tribunal Constitucional sobre estabilidad laboral.....	46
2.11.	La Desnaturalización de los Contratos.....	49
2.12.	Regulación de las Causales de Desnaturalización de los Contratos Modales.....	49
2.13.	Concepto de la Estabilidad Laboral.....	50
2.13.1.	Fundamentos Jurídicos de la Estabilidad Laboral.....	51
2.13.1.1.	El Derecho al Trabajo.....	51
2.13.1.2.	El Principio de Continuidad.....	52
2.13.1.3.	Clases de Estabilidad Laboral.....	53
III.	ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE Y CONCLUSIONES DE LOS PROBLEMAS DE FONDO Y DE FORMA.....	56
3.1.	PROBLEMAS DE FONDO.....	56
3.1.1.	Problemas Accesorios.....	57
3.1.2.	Problema Principal.....	58
3.2.	PROBLEMAS DE FORMA.....	61
3.3.	PROBLEMA PRINCIPAL.....	61
IV.	JURISPRUDENCIA.....	63
V.	CONCLUSIONES.....	66
VI.	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	69

RESUMEN

El artículo 22° de la Constitución Política de 1993 enuncia que “el trabajo en un deber y un derecho”, en el presente informe se tiene el estudio detallado del Expediente Contencioso Administrativo N° 178-2012- Bolognesi, respecto a la situación laboral del demandante Esteban Paulino Allauca Antahurco, para lo cual se ha procedido a determinar y analizar respecto a la pretensión de Nulidad de la Resolución de Alcaldía N° 07-2011-MPB/A, asimismo se procedió al análisis respecto a si el demandante tiene la calidad de servidor público permanente de la Municipalidad Provincial de Bolognesi en mérito a los establecido en la Resolución de Alcaldía N° 325-2010-MPB/A, además del restablecimiento de su derecho a seguir trabajando en la entidad demandada. Toda vez que en el presente expediente en un primer momento el Juzgado Mixto declaró infundada su pretensión, sin embargo la Sala de Apelaciones revocó dicha decisión.

Partiendo de esa premisa mediante el presente nos permitiremos efectuar un análisis de cómo se ha llevado a cabo el proceso contencioso administrativo, materia de sustentación, es decir, si se han desarrollado bajo los principios de la función jurisdiccional, así como dentro los parámetros establecidos en la Constitución Política del Estado, la Ley N° 27584 – Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, Decreto Legislativo N° 1067 y el Código Procesal Civil de aplicación supletoria al presente caso.

PALABRAS CLAVE: Proceso especial, contencioso administrativo, dictamen, contrato para labores permanentes, nulidad, acto administrativo, debido procedimiento.

ABSTRAC

Article 22 of the Political Constitution of 1993 states that "work in a duty and a right", this report has a detailed study of the Administrative Contentious File No. 178-2012- Bolognesi, regarding the employment situation of the plaintiff Esteban Paulino Allauca Antahurco, for which it has been determined and analyzed with respect to the claim of nullity of the Mayor's Resolution No. 07-2011-MPB / A, the analysis was also carried out as to whether the plaintiff has the quality Permanent public servant of the Provincial Municipality of Bolognesi in merit to those established in the Mayor's Resolution No. 325-2010-MPB / A, in addition to the restoration of his right to continue working in the defendant entity. Whenever in this file at first the Mixed Court declared its claim unfounded, however, the Appeals Chamber reversed that decision.

Based on this premise through this we will allow us to carry out an analysis of how the administrative contentious process has been carried out, a matter of support, that is, if they have been developed under the principles of the jurisdictional function, as well as within the parameters established in the Political Constitution of the State, Law No. 27584 - Law regulating the Contentious Administrative Process, Legislative Decree No. 1067 and the Civil Procedure Code of supplementary application to this case.

KEY WORDS: Special process, administrative dispute, opinion, contract for permanent work, nullity, administrative act, due procedure.

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE

NUMERO DEL EXPEDIENTE

- 00178-2012-0-201-SP-CI-01

DEMANDANTE

- Allauca Antaurco Esteban Paulino

DEMANDADO

- Municipalidad Provincial de Bolognesi,
representado por su Alcalde.

MATERIA

- Contencioso Administrativo

JUZGADO

- Juzgado Mixto de la Provincia de
Bolognesi

PROCESO

- Especial

RESUMEN DEL EXPEDIENTE CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

I. ETAPAS PROCESALES:

1.1 ETAPA POSTULATORIA:

1.1.1. LA DEMANDA:

❖ **Petitorio:** ESTEBAN PAULINO AYAUCA ANTAHURCO, interpone DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO en contra de la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE BOLOGNESI, representado por su alcalde Prof. Ernesto Rivera Alzamora ; la institución edil demandada tiene su domicilio legal en Jr. Dos De Mayo N°901 Plaza de Armas s/n del distrito de Chiquian, Provincia de Bolognesi, teniendo en cuenta las siguientes pretensiones (**las pretensiones tienen una acumulación objetiva originaria y accesorio**): PRETENSION –ACUMULACION OBJETIVA ORIGINARIA: **1.1.** La declaración de la NULIDAD TOTAL DE LA RESOLUCION DE LA ALCALDIA N°07-2011-MPB/A de fecha 03 de enero del 2011 emitida por el señor alcalde de la Municipalidad Provincial de Bolognesi; **1.2.** El reconocimiento de validez y vigencia de la resolución de alcaldía N°325-2010-MPB/A fechada el 14 de diciembre del 2010 por lo que se me RECONOCIO como SERVIDOR PUBLICO PERMANENTE, en la Municipalidad Provincial de Bolognesi; **1.3.** PRETENCION DE ACSESORIA: 1.3.1 el restablecimiento del derecho a seguir trabajando en la entidad demandando, manteniendo su CONDICION de OPERADOR DE MAQUINARIA PESADA, disponiéndose implementar los derechos y beneficios del servicio público permanente.

❖ **Fundamentos de Hecho de la Demanda:**

- El demandante sostiene que mediante resolución de alcaldía N° 325 -2010-MPB/A de fecha 14 de diciembre de 2010, se le reconoce como servidor

público permanente en la Municipalidad Provincial de Bolognesi, y en el artículo segundo, se dispuso implementar los beneficios y derechos citados en ella.

- El recurrente sostiene que viene laborando en forma permanente e ininterrumpido, desde el 15 de enero de 2004 hasta el 31 de diciembre del año 2010, bajo la modalidad de contrato de servicios, contrato por servicios no personales, contrato de trabajo eventual y últimamente incorporado en planilla, conforme a los documentos que obran en la entidad demandada, labores desarrolladas como OPERADOR DE MAQUINA PESADA en la Municipalidad Provincial de Bolognesi.
- Asimismo sostiene que la resolución de alcaldía N° 07-2011- MPB/A de fecha 03 de enero de 2011, objeto de nulidad total y otros, y que origina la presente demanda, tan solo se emite citando el informe legal N° 002-2010/MPB/JCÑR/ALE de fecha 03 de enero del año en curso, que opino declarar la nulidad de oficio de la resolución de alcaldía N° 325-2010-MPB/a de fecha 14 de diciembre de 2010, sin observar, cumplir con las normas del procedimiento administrativo general, no se emitió la resolución de inicio de oficio del procedimiento administrativo, no existió disposición de autoridad superior, no se notificó al recurrente, no se permitió ejercer el derecho de defensa, no se permitió participar en el procedimiento de nulidad de oficio dictado, entre otros., artículo 104 inicio de oficio, numerales 104.1. y 104.2, y el debido procedimiento administrativo.

❖ **Fundamentación Jurídica de la Demanda:**

- Constitución política del estado inciso 3) del artículo 139 inc.15 del artículo 2 y los artículos 22°, 23°, 24, 27, referido al debido proceso, derecho y libertad de trabajo, la protección contra el despido arbitrario y la estabilidad laboral.
- Ley general del procedimiento administrativo ley N° 27444
- Artículo 1° de la ley N° 24041 que señala que luego de un año de prestación continua de labores se adquiere protección contra el despido arbitrario.
- Inc. B) del artículo 4 del decreto legislativo N° 276 –ley de bases de la carrera administrativa y de remuneraciones del sector público.
- Decreto legislativo N° 1067 que modifica la ley N° 27584, ley que regula los procesos contenciosos administrativo.
- Decreto supremo N° 013-2008-JUS, que aprueba el texto único ordenado de la ley N° 27584, modificado por el Decreto legislativo N° 1067

❖ **Medios Probatorios Ofrecidos:**

- El mérito de la resolución de alcaldía N° 07-2011-MPB/A del 03/01/2011
- El mérito de la resolución de alcaldía N° 325-2010-MPB/A, del 14/12/2010
- El mérito del certificado de fecha diciembre de 2006, emitido por el licenciado Leoncio Alvarado Ramírez, ex alcalde de la municipalidad provincial de Bolognesi.

- El mérito del certificado de trabajo del 12 de enero del 2011, emitido por el jefe de la división de recursos humanos de la municipalidad provincial de Bolognesi.

1.1.2. EL AUTO ADMISORIO:

A fs. 77-78 mediante resolución N° 01 de fecha 29 de marzo de dos mil once, el juez resuelve ADMITIR a instancia, en vía de proceso especial, en razón de la naturaleza y complejidad de las pretensiones acumuladas, ordenando se corra traslado a la demandada y se den por ofrecidos los medios probatorios mencionados.

1.1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

A fojas 36 a la parte demandada Municipalidad Provincial de Bolognesi, representado por su Alcalde JUAN ERNESTO RIVERA ALZAMORA, absuelve la demanda, y solicita que la misma con Resolución de su Despacho sea declarada Infundada en todos sus extremos, en virtud de las siguientes consideraciones: a) El demandante aduce ser una persona con derecho de servidor público, situación que no es así, pues este como operador de maquinaria pesada, solo ha sido contratado como trabajador eventual, por locación de servicios y posteriormente tareado en obras y como jornal solo se le reconoce por los días trabajados, sólo laboró las veces que se le ha requerido para obras determinadas y con afectación a dicho presupuesto. Los certificados de trabajo no acreditan dependencia y subordinación, simplemente se le otorgó a solicitud de este.

A. Fundamentación Jurídica de la Contestación de la Demanda:

Amparo la presente contestación en la siguiente normatividad:

- ✓ Art. 442, Art. 556 y siguientes del Código Procesal Civil
- ✓ Ley N° 28237
- ✓ Ley 24029, su modificatoria Ley 25212
- ✓ D.S. N° 019-90-ED
- ✓ D.S. N° 051-91-PCM.
- ✓ Ley N°29465
- ✓ LeyN°28411

B. Medios Probatorios Ofrecidos:

- Informe N° 058-2010 MPB/UTR-J, emitido por el jefe de personal de la municipalidad provincial de Bolognesi.
- Resolución de alcaldía N° 07-2011-MPB/A
- Informe legal N° 111-2010-ALE/MPB
- Carta N° 45-2010-MPB/ALE.
- Solicitud de emisión de resolución de alcaldía de fecha 22 de abril de 2010.
- Resolución de alcaldía N° 325-2010-MPB/A
- Informe legal N° 002-2010 MPB/JCÑR/ALE
- Carta N° 001-2011-MP-MPB/A

1.1.4. DEDUZCO EXCEPCION DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA:

A fojas 85 a 86, en representación de la Municipalidad Provincial de Bolognesi, se deduce excepción por falta de agotamiento de la vía administrativa, en base a los siguientes fundamentos:

a) FUNDAMENTOS DE HECHO

- Señor juez, el demandante solicita nulidad de la resolución de alcaldía N° 07-2011/MPB/A de fecha 03 de enero de 2011, para lo cual es necesario tener en cuenta que la ley N° 27584 que regula el proceso contencioso administrativo, en su artículo 18° establece: Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la ley de procedimiento administrativo general o por normas especiales.
- Señor juez, si bien es cierto el artículo 19° de la citada norma, e el numeral anterior, establece ciertas excepciones; también es cierto que la situación del demandante no se viene favorecida por ninguna de dichas causales, por lo que debió como otros actuales demandantes que han recurrido a este despacho, previamente agotar la vía administrativa, como la normatividad lo exige; situación que el demandado, no lo ha hecho, pese a que oportunamente se le notifico y tuvo 15 días hábiles para impugnar.
- Señor juez, como se demuestra en documentos adjuntos en medios probatorios, el demandante Esteban Paulino Allauca Antaurco, fue debidamente notificado el día 04 de enero de 2011 la resolución de

alcaldía N° 07-2011/MPB/A y que hoy solicita su nulidad, a través de la presente demanda, como se advierte en copia de resolución que al reverso firma el demandante. Como constancia a la recepción, por lo que tenía plazo para interponer recurso impugnativo, conforme establece la ley N° 27444 de procedimiento administrativo general, hasta el día 25 de enero de 2011 (15 días hábiles), sin embargo, como informa la responsable de mesa de partes de la municipalidad, el demandante, no ha presentado ningún recurso, por lo que no cumplió con agotar la vía administrativa. Por lo que debe declararse FUNDADA la excepción deducida.

b) FUNDAMENTOS DE DERECHO

- Código procesal civil 364 y Ss.
- Ley N° 27584 que regula el proceso contencioso administrativo, art. 18 y 19

c) MEDIOS PROBATORIOS

- Copia fedateada de la resolución de alcaldía N° 07-2011/MPB/A que al reverso firma el demandante, como constancia a la recepción el día 04 de enero de 2011
- Informe de la responsable de mesa de partes, que informa que el demandante Esteban Paulino Allauca Antaurco, no ha presentado recurso impugnatorio hasta la fecha, pese a que solo tenía plazo hasta el día 25 de enero de 2011.

1.1.5. ABSOLUCION DE TRASLADO

A fojas 104 a 106, el demandante absuelve el traslado de excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, en base a los siguientes argumentos:

- a) Cite, que la ley N° 27584 del proceso contencioso administrativo y sus modificatorias, establece en el artículo 18° sobre agotamiento de vía administrativa, que es un requisito de procedencia de la demanda; sin embargo, esta debe ser conforme a las reglas establecidas en la ley de procedimiento administrativo general o por normas especiales. Se remite en forma expresa a la ley N° 27444, ley del procedimiento administrativo general.
- b) La demandada no ha considerado que la ley N° 27972 – orgánica de municipalidades, en el sub capítulo III los procedimientos administrativos, artículo 50° agotamiento de la vía administrativa y excepciones establece textualmente “ La vía administrativa se agota con la decisión que adopte el alcalde, con excepción de los asuntos tributarios y lo estipulado en el artículo siguiente, referido a las acciones judiciales (...); no existe ninguna autoridad y órgano jerárquicamente superior al alcalde en la vía administrativa de la municipalidad, que pueda absolver y admitir un medio impugnatorio, (...)”
- c) (...) el recurrente no estaba obligado a interponer los recursos impugnativos citados en el capítulo II artículo 207° recursos administrativos, 208° recurso de reconsideración y 209° recurso de apelación, mencionados en la ley N° 27444, por lo que el informe N°

010-2011 –MPB/SEC.A/ACHR de fecha 20 de abril último, no es merituable.

1.2. ETAPA PROBATORIA

1.2.1. AUTO DE SANEAMIENTO PROCESAL:

Con Resolución N° 05, de fecha 25 de noviembre de 2011, que obra en fs. 110 al 111, se declara la existencia de una relación jurídica válida y en consecuencia se declara saneado el proceso. Asimismo, se resuelve Declarar INFUNDADO, la excepción de falta de agotamiento de vía administrativa, deducida por la Municipalidad Provincial de Bolognesi, en los siguientes términos: **a)** Es necesario tener presente que de acuerdo a la naturaleza de los hechos que conforman la acción, tal exigencia no es necesaria ni obligatoria, ya que la resolución impugnada, ha sido expedida por la máxima autoridad administrativa de la Municipalidad Provincial de Bolognesi, esto es su señor Alcalde. **b)** Que, es argumento no válido que el demandante tenía la posibilidad de recurrir al pleno del Consejo Municipal, es de precisarse que conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades 27972, el Consejo Municipal no tiene facultades para tratar lo relativo al despido de trabajadores, teniendo otras funciones otorgadas por Ley. **c)** Conforme al principio de Especialidad de la norma, la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444, prescribe en su artículo 218°, que son actos que agotan la vía administrativa los que declaran de oficio la nulidad o revocan otros actos administrativos en los casos que se refiere los artículos 202 y 203 de la Ley. **d)** que, en esta orientación se tiene que la Resolución de Alcaldía N° 07-2011-MPB/A, ha declarado la nulidad de oficio de la

Resolución de Alcaldía N° 325-2011-MPB/A, por lo que en consecuencia no se hace necesario el agotamiento de la vía administrativa.

1.2.2. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

A folio 111 a 112 se procedió a enumerar los siguientes puntos controvertidos:

- ❖ Determinar si el demandante ha laborado para la municipalidad demandada bajo labores de naturaleza permanente, subordinada y bajo remuneración mensual.
- ❖ Determinar el periodo de tiempo en que se habría producido tal relación laboral.
- ❖ Determinarse si el demandante ha adquirido estabilidad laboral por virtud de la ley N° 24041.
- ❖ Determinar si se ha desnaturalizado el contrato de trabajo del demandante para transformarse en un contrato laboral con categoría de plazo indeterminado de acuerdo al principio de primacía de la realidad.
- ❖ Determinarse si la resolución de alcaldía N° 07-2011-MPB/A, adolece de nulidad y si debe restituirse la vigencia de la resolución de alcaldía N° 325-2010-MPB/A, de fecha 14 de diciembre de 2010.
- ❖ Determinarse si la demandante ha incurrido en despido encausado o arbitrario respecto del demandante.
- ❖ Determinar si procede el pago de las remuneraciones mensuales dejadas de percibir.
- ❖ Determinarse si se debe establecer el pago de una indemnización a favor del demandante por daños y perjuicios irrogados por el demandante.

Posteriormente se dan por ADMITIDOS todos los medios probatorios ofrecidos por las partes.

1.2.3. RECURSO DE APELACION

- A fojas 114 a 116, en representación de la Municipalidad Provincial de Bolognesi, JUAN ERNESTO RIVERA ALZAMORA, interpone recurso de apelación contra la resolución N° 05 de fecha 25 de noviembre de 2011, con los siguientes fundamentos: a) Su despacho no ha considerado que justamente el artículo 202° de la Ley de Procedimiento Administrativo General ha sido modificado por el Decreto Legislativo 1029, incorporando el siguiente literal que señala: ...además de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello. En este caso este extremo sólo podrá ser objeto de reconsideración (...). **b)** Señor juez su despacho a admitido el punto controvertido sexto y séptimo, que no ha sido materia del petitorio del demandante ni en la originaria ni en la accesoria, incurriendo en extra petita.
- A fojas 117 a 118, mediante resolución N° 06 de fecha 27 de diciembre de 2011, se resuelve CONCEDER sin efecto suspendido con la calidad de diferida la apelación interpuesta por don JUAN ERNESTO RIVERA ALZAMORA, alcalde de la Municipalidad Provincial de Bolognesi.

1.2.4. DICTAMEN FISCAL

A fojas 122 al 125, EL MINISTERIO PUBLICO, OPINA que sea declarado INFUNDADA la demanda, señalando que si bien es cierto que el demandante presenta su Certificado de Trabajo, con el cual acredita el haber

prestado sus servicios a la comuna demandada, como operador de motoniveladora desde el 01 de febrero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2010, pero es el caso que el responsable del documento no especifica la naturaleza de las labores, es decir, si es permanente, por cierto tiempo o para un trabajo determinado, contrario a ello existe el Informe N° 058-2010-MPB-UTR, donde se establece que los servicios prestados por el demandante siempre ha existido interrupción de días, semanas y meses, presumiéndose que el demandante prestó servicios como locador, por tanto no se encuentra inmerso dentro de los alcances de la Ley N° 24041.

1.2.5. ALEGATOS

A fojas 135 al 140, el demandante presenta sus alegatos de defensa, solicitando se sirva declarar FUNDADA la demanda en todos sus extremos.

1.3. ETAPA DECISORIA

1.3.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante Resolución N° NUEVE de fecha doce de marzo del año dos mil doce, el juez de la causa emite sentencia, la que obra a fs. 146-156; en la cual falla declarando INFUNDADA la demanda interpuesta por don ESTEBAN PAULINO ALLAUCA ANTAURCO, vía proceso contencioso administrativo, seguido contra la Municipalidad Provincial de Bolognesi representado por su Alcalde Ernesto Rivera Alzamora, en base a los siguientes considerandos:

- ❖ Para efectos de resolver la presente demanda nos remitimos a los puntos controvertidos, siendo el primero: Determinar si el demandante ha laborado para la municipalidad demandada bajo labores de naturaleza

permanente, subordinada y bajo remuneración mensual; y para ello se debe tener presente que la naturaleza de los contratos de trabajo y los de locación de servicios son distintas, por el hecho de ser regulados los primeros por el derecho laboral y convenios internacionales y los segundos por el derecho civil, especialmente en el código sustantivo, siendo las diferencias más específicas que los contratos laborales pueden ser en la generalidad de los casos de duración indeterminada o pueden ser de plazo fijo, la prestación debe de realizarse estrictamente de manera personal, y no puede ser delegada por ninguna persona, se nota claramente la subordinación (...); en los contratos de locación de servicios siempre serán de plazo determinado el locador bajo su responsabilidad y supervisión, puede valerse de auxiliares y sustitutos; no existe dependencia o subordinación frente al comitente.

- ❖ En cuanto a la naturaleza de trabajo que realizaba el demandante en la Municipalidad Provincial de Bolognesi, estos es operador de Maquinaria Pesada; se tiene que verificar si tales labores las realizaba en forma permanente o diaria, esto es, además, sujeto a un horario de trabajo, si además si tales labores eran de naturaleza subordinada y si estaban sujetas a una contraprestación remunerativa mensual fija; para lo cual nos remitimos al informe N° 058-2010-MPB/TR.J, emitido por el jefe de la unidad de administración general – división de recursos humanos de la Municipalidad Provincial de Bolognesi, que entre otros precisa: ... *c) los contratos suscritos con la Municipalidad siempre han sido por día, de ahí que su remuneración siempre ha variado de un mes a otro, porque no se le abonó mes completo hasta el 30 de junio de 2007, a partir de*

ese mes por indicación del gerente municipal se le viene cancelando mes completo a la fecha. d) Dentro de los servicios prestados siempre ha existido interrupciones de días, semanas y meses; ya que su trabajo como operador de maquinaria pesada, estaba supeditado a los requerimientos de trabajos en ciertas obras o servicios de mantenimiento viales etc. c) en el año 2008 y 2009 su pago ha sido cancelado por proyectos como se demuestra en la planilla de pago de jornal.

Asimismo, el precipitado informe señala que el demandante estaba solicitando ser considerado como trabajador permanente de la municipalidad invocando la ley N° 24041, por lo que en aquella oportunidad ya se le había negado, pese a ello continuó trabajando hasta la fecha de la actual gestión.

- ❖ Concluyendo de esa manera que los trabajos desplegados por el demandante no tienen la naturaleza de Permanente, como lo exige el artículo primero de la ley N° 24041, así como que tampoco lo tiene a la fecha ya que continúa laborando para la Municipalidad Provincial de Bolognesi como operador de maquinaria pesada, que a la vez implica continuidad laboral ininterrumpida día a día, la sujeción, aunque sea meridiana, a un horario de ingreso y egreso, lo que no ha ocurrido en este caso.
- ❖ En cuanto a lo que corresponde a las relaciones de subordinación laboral, se tiene copia del certificado expedido por el ex alcalde de la Municipalidad Provincial de Bolognesi, dicho documento solo trae a colación que tales trabajos encomendados tuvieron la condición de

eventuales y que por más que hayan durado cuatro años tales labores, solo tenían la calidad de eventuales, con un grado de concatenación evidente, pero también despojados de permanencia, no existiendo certeza de si las labores del demandante fueron permanentes y continuas, el cual debió ser probada por el demandante; si bien es cierto que el derecho laboral es eminentemente tuitivo en lo que corresponde al tiempo y a la naturaleza de labores prestadas por un trabajador a un empleador es el primero quien debe acreditar dichas labores. Lo mismo ocurre con el segundo certificado de trabajo presentado por el demandante.

- ❖ Que, con respecto a la remuneración percibida por el demandante, solamente se encuentra del informe N° 58-2010-MPB/UTR-J, emitido por el jefe de la unidad de administración general –División de recursos humanos de la municipalidad provincial de Bolognesi, que informa que la remuneración del demandante siempre ha variado de un mes a otro, porque no se le abonó mes completo, pero que a partir del 30 de junio de 2017 se le viene cancelando mes completo a la fecha de emisión del informe, lo que se corrobora que el demandante se encontraba en planilla desde el mes de julio del año dos mil siete al treinta y uno de diciembre de dos mil diez, lo que demuestra la relación laboral supeditada al pago de una remuneración que se efectivizó en forma mensual por un lapso de tres años con cinco meses.
- ❖ Con respecto a relaciones de subordinación no existe claridad en los medios probatorios presentados por el demandado ya que si bien podríamos deducir ello a partir de la remuneración mensual que se le

abonaba, cierto también que tal subordinación tiene que estar materializada por actos de sometimiento a órdenes y mandatos específicos y aunque se pueda deducir ello a partir de los dos certificados de trabajo antes analizados, cierto es también que ambos resultan poco explícitos de la real situación laboral del demandante.

- ❖ Respecto al segundo punto controvertido: En cuanto al periodo de tiempo laborado por el demandante a favor de la demandada, resulta de los certificados presentados, ha totalizado labores por espacio de casi ocho años, exactamente siete años con once meses, quedando bajo cuestionamiento que lo ha hecho en forma permanente y continua puesto que las funciones de operador de maquinaria pesada no requieren de realización cotidiana sino en cuanto se le requiera conforme a las necesidades del servicio.
- ❖ Respecto al tercer punto controvertido: En cuanto a si el demandante ha adquirido estabilidad laboral, en aplicación del artículo primero de la ley 24041, se hace evidente que no adquirido, conforme a todos los elementos expuestos ya que existe severo cuestionamiento sobre la permanencia y continuidad de las labores desarrolladas por el demandante a favor de la demandada, que si bien se han prolongado hasta casi ocho años, no tienen la calidad de permanentes, esto es día a día, como labor cotidiana de lunes a viernes de todas las semanas de todos los meses de todos los años trabajados, que no ha sido acreditado por el demandante.
- ❖ Respecto al cuarto punto controvertido: En cuanto a la desnaturalización del contrato de trabajo del demandante, de acuerdo al principio de

primacía de la realidad, se llega a la conclusión que no se ha DESNATURALIZADO el contrato de trabajo del demandante puesto que se ha mantenido bajo condición de labores no personales, sujeta a la eventualidad de la necesidad del servicio, con suspensiones por días y semanas que desvirtúan el carácter permanente de las relaciones laborales ordinaria. Que en cada contrato sujeto a modalidad debe consignarse en forma expresa entre otros datos las causas objetivas determinantes que motivan dicha contratación las cuales se encuentran expresamente señaladas en la ley, y dentro de las causales de extinción validas del contrato de trabajo se encuentra a) la terminación de la obra o servicio b) el cumplimiento de la condición resolutoria y c) el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad; en ese sentido el vencimiento del plazo de un contrato a plazo fijo extingue el respectivo contrato de trabajo, no requiriéndose realizar un procedimiento adicional para que opere la extinción; empero si el contrato de trabajo sujeto a modalidad cumple con todos los requisitos exigidos resultará válido, pero si concurren hechos que permitan determinar que no existe causa objetiva alguna que motive la suscripción de este tipo de contratos.

- ❖ Respecto al quinto punto controvertido: Determinar si la resolución de alcaldía N° 07-2011-MPB/A, adolece de nulidad y si se debe restituir la vigencia de la resolución de alcaldía N° 325-2010-MPB/A, es del caso mencionarse que conforme a todos los documentos presentados y a lo analizado en los considerados precedentes, la resolución de alcaldía N° 07-2011-MPB/A, deviene en valida y eficaz.

- ❖ Respecto al sexto punto controvertido: En cuanto si la demandada ha incurrido en despido incausado o arbitrario respecto del demandante, se tiene que no existe tal situación, mejor todavía si es que el demandante sigue laborando a la fecha para la municipalidad demandada.
- ❖ Respecto al séptimo punto controvertido: Que, en lo que corresponde si procede el pago de las remuneraciones mensuales dejadas de percibir por el demandante, no se hace necesario, en tanto no existe despido incausado y el demandante sigue laborando para la demanda en las mismas condiciones en que hace ocho años; asimismo deviene en impertinente el pago de una indemnización a favor del demandante por daños y perjuicios irrogados por el demandado.
- ❖ Por tales consideraciones el Juez del Juzgado Mixto de la Provincia de Bolognesi, **FALLA DECLARANDO INFUNDADA** la demanda contencioso administrativa, de fojas trece al veinte planteada por ESTEBAN PAULINO ALLAUCA ANTAURCO, contra la Municipalidad Provincial de Bolognesi, consentida y/o ejecutoriada que fuere la presente archívese en el modo y forma de ley, sin costos ni costas.

1.4. ETAPA IMPUGNATORIA:

1.4.1. APELACIÓN DE SENTENCIA:

Obra de fs. 165-170, el escrito presentado el 22 de marzo de 2012, el señor ESTEBAN PAULINO ALLAUCA ANTAURCO quien interpone Recurso de Apelación, solicitando la revocatoria de la sentencia, con los siguientes fundamentos: **a)** El juzgado ha efectuado una interpretación errónea y ha transgredido normas del proceso contencioso administrativo, no ha realizado

un análisis lógico jurídico del petitorio de la demanda. **b)** No se ha considerado que la Resolución de Alcaldía N° 07-2011-MPB/A, objeto de nulidad y otros; tan solo se emite citando el Informe Legal N° 002-2010/MPB/LCÑR/ALE, que opinó declarar la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 325-2010-MPB/A, sin observar ni cumplir con las normas del procedimiento administrativo general, no existió disposición de autoridad superior, no se notificó al recurrente, no se permitió ejercer el derecho de defensa, no se permitió participar en el procedimiento de nulidad de oficio. **c)** En los considerandos octavo, noveno, décimo, undécimo y duodécimo, cita a los certificados de trabajo, efectuando conclusiones subjetivas y no acordes a la realidad, contraviene el principio de primacía de la realidad, cuestionando labores permanentes desarrolladas por el demandante.

Dicho recurso fue concedido mediante resolución N° 10 de fecha 30 de marzo de 2011 a fs. 170.

1.4.2. DICTAMEN FISCAL:

A fojas 182 a 188, este ministerio público, en ejercicio de sus atribuciones, opina que **DECLARE FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto; y revocando la sentencia impugnada, declarar fundada la demanda; en base a los siguientes fundamentos: **a)** Se aprecia que la resolución de Alcaldía N° 07-2011 cumple con los requisitos relativos al plazo y autoridad que declara la nulidad de oficio, ya que ha sido expedida por el alcalde de la entidad emplazada, que resulta ser una autoridad no sometida a subordinación jerárquica, por lo cual es la única que puede declarar la nulidad de oficio, y

se ha expedido dentro del plazo previsto. **b)** Empero de la lectura de la mencionada se aprecia que el agravio al interés público no ha sido sustentado, cuando menos de una forma somera, por ende, más allá del contenido de dicha resolución, esto es, de si el demandante tenía derecho de ser declarado servidor público permanente, dicha afectación debió ser sustentada, por lo que dicha omisión, de por sí, genera también un vicio de falta de motivación, que es también causal de nulidad. **c)** Adicionalmente a lo expuesto, previo a la declaración de nulidad de oficio, no se ha abierto un procedimiento administrativo que haya permitido garantizar el derecho de defensa del demandante.

1.4.3. PRONUNCIAMIENTO DE LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANCASH:

Considerandos de la Sentencia:

- Que, antes de resolver la apelación de la sentencia, debe resolverse la apelación concedida sin efecto suspensivo y con la calidad de diferida. En ese sentido, se tiene que viene en apelación la resolución número cinco, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil once, el mismo que declara infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, declara saneado el proceso, fija los puntos controvertidos y admite los medios probatorios. El argumento del apelante es que al declarar infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, el juzgador no ha tomado en consideración lo previsto por el numeral 1 del artículo 202 de la ley 27444, ya que aparte de declarar la nulidad, la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con

elementos suficientes. En este caso, este extremo solo podrá ser materia de reconsideración.

- Que, respecto al agravio señalado, el inciso 218.2, numeral d) del artículo 218 de la ley 27444 –Ley del procedimiento administrativo general, dispone que el acto que declara de oficio la nulidad, son actos que agotan la vía administrativa. En ese sentido, habiéndose agotado la vía administrativa, solo queda interponer demanda ante el poder judicial, en la vía contencioso administrativa.
- Que, por otro lado, la defensa esgrimida por el alcalde de la Municipalidad demandada, de que al declararse la nulidad la autoridad podrá resolver sobre el fondo del asunto de contarse con los elementos suficientes para ello, en este caso solo podrá ser objeto de reconsideración, conforme lo dispone en el numeral 202.2 – segundo párrafo, del artículo 202 de la ley 27444. Sin embargo, el caso concreto no se adecua a ese supuesto factico de la norma en comento, ya que para que sea subsumida, la autoridad administrativa debería de haber resuelto sobre el fondo del asunto de contarse con elementos suficientes para ello; siendo que de una revisión de la resolución cuestionada – Resolución de alcaldía número 07 -2011-MPB/A, de fecha tres de enero de dos mil once-solamente se ha declarado la nulidad de oficio de la resolución de alcaldía N°325-201-MPB/A, de fecha catorce de diciembre de dos mil diez, no habiendo pronunciamiento de fondo, por lo que mal pueden tener derecho la parte actora de interponer recurso de reconsideración antes mencionado. En ese sentido, la resolución que declara infundada la

excepción se encuentra expedida correctamente, ya que la vía previa se encuentra agotada.

- Que, ahora, la apelación de la resolución número cinco, en el extremo que fija puntos controvertidos, la referida apelación ha sido concedida complementándose la resolución número seis con la resolución ocho. El sustento de dicha impugnación es que el juez ha admitido el punto controvertido sexto y séptimo, que no ha sido materia del petitorio del demandante ni la originaria ni accesoria, incurriéndose en extra petita.
- Que, al respecto, ello aún no constituye pronunciamiento sobre las pretensiones planteadas en la demanda como indica el apelante, por lo que no pueden constituir extra petita, ya que el juzgador debe pronunciarse sobre ellas al momento de sentenciar y si no corresponden a puntos realmente en controversia que resulten del mérito de lo actuado, los mismos serán desestimados, ya que las resoluciones judiciales deben sustentarse en el mérito de lo actuado y del derecho vigente, conforme lo dispone el inciso 3 del artículo 122 del código procesal civil. En su defecto, dicha resolución final estaría incurso en vicio de nulidad por vulnerarse el principio lógico de la congruencia. En tal sentido, la impugnación contra los puntos controvertidos debe ser desestimada.
- Que, de otra parte, viene también en apelación la sentencia contenida en la resolución número nueve, de fecha doce de marzo del dos mil doce, que declara infundada la demanda contencioso administrativo de fojas trece al veinte, interpuesta por ESTEBAN PAULINO ALLAUCA

ANTAHURCO contra la Municipalidad Provincial de Bolognesi, con lo demás que contiene.

- Que, conforme se advierte de la resolución de alcaldía N° 325 -2010 – MPB/A, de fecha catorce de diciembre de dos mil diez, se advierte que la Municipalidad Provincial de Bolognesi ha reconocido expresamente en el tenor de la resolución en mención que está acreditada la existencia de una relación permanente por más de un año entre el empleador Municipalidad Provincial de Bolognesi y el trabajador Esteban Paulino Allauca Antahurco, siendo que el referido trabajador a la fecha labora permanentemente en la Municipalidad Provincial de Bolognesi. Es más, con los certificados de trabajo insertas en autos de fojas ocho y nueve, se advierte que la referida persona ha trabajado durante el periodo comprendido entre el uno de enero del dos mil tres hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil seis, luego continuó desde el uno de febrero del dos mil siete hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil diez, laborando como operador de moto niveladora y otros de maquina pesada. Es más, con dichos medios probatorios ha quedado desvirtuada la afirmación de la demandada que ha manifestado que el demandante como operador de maquina solo ha sido contratado como trabajador eventual, por locación de servicios y posteriormente en obras y como jornal se le reconoce días trabajados, habiendo laborado las veces que se le ha requerido en obras, sin embargo, no ha desvirtuado porque motivo aparece de los certificados antes indicados que ha trabajado durante el plazo de tiempo que se indica en ella, sin haberse dejado la constancia

firmada por la demandada, por lo que debe tenerse por cierto lo afirmado por la parte demandante.

- Que, conforme se advierte del tenor de la resolución número 07-2011 MPB/A, de fecha tres de enero del dos mil diez, se advierte que la referida Municipalidad ha procedido a emitir la resolución en mención solamente en base al informe legal N° 002-2010/MPB/JCNR/ALE, de fecha 03 de enero de dos mil once, por el cual se opina declarar la nulidad de oficio de la resolución de alcaldía N° 325-2010-MPB/A, de fecha catorce de diciembre del dos mil diez, sin que exista una resolución autoritativa del alcalde de dicha Municipalidad de dar inicio a la nulidad de oficio, conforme lo dispone expresamente el numeral 104.1 del artículo 104 de la ley N° 27444, con el objeto de notificarse al trabajador Esteban Paulino Allauca Antahurco a fin de que haga uso de su derecho de defensa, conforme lo dispone el numeral 104.2. del artículo 104 de la ley N° 27444, teniéndose en cuenta los principios de contradictorio, la audiencia bilateral y defensa, ya que nadie puede ser condenado sin previo juicio, en el presente caso sin proceso administrativo previo con las garantías del debido proceso, conforme lo dispone el inciso 10 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. (...) en ese sentido, resulta claro que se ha vulnerado el derecho al debido proceso, concordante con lo dispuesto por el artículo IV, numeral 1.2. de la ley N° 27444; vulnerando además los derechos fundamentales del demandante.
- Que, en ese sentido, la resolución cuestionada en esta sede judicial, la resolución de alcaldía N°07-2011-MPB/A de fecha 03 de enero del año

2010, vulnera el derecho al debido proceso del trabajador Esteban Paulino Allauca Antahurco, se encuentra incurso en vicio de nulidad previsto en el inciso 1 del artículo 10 de la ley N° 27444- Ley del procedimiento administrativo general, por lo que el mismo debe ser declarado nulo y sin efecto legal.

- Que, en cuanto a la pretensión de reconocimiento de vigencia de la resolución N° 325-2010-MPB/A, de fecha catorce de diciembre de dos mil diez, por el cual se le ha reconocido como servidor público permanente en la municipalidad provincial de Bolognesi, la que fue declarada nula y sin efecto legal mediante resolución de alcaldía N° 07-2011MPB/A, de fecha 03 de enero de dos mil once. Al respecto este colegiado no comparte con la parte resolutive contenida en el artículo primero de la primera resolución mencionada, cuando dispone reconocer como servidor público permanente al trabajador Esteban Paulino Allauca Antahurco, en la Municipalidad Provincial de Bolognesi, ya que con ello se le estaría convirtiendo indirectamente como trabajador permanente, cuando ello solamente es posible mediante concurso público, lo que no ha ocurrido en el presente caso, por lo que debe entenderse que la condición de permanente del demandante, indicado en la resolución de alcaldía N° 325-2010-MPB/A, de fecha catorce de diciembre de dos mil diez, debe ser entendido en el sentido de que el servidor viene realizando labores de naturaleza permanente por más de un año de servicios y como tal no puede ser cesado ni destituido, sino por las causales y con sujeción a un debido procedimiento administrativo establecido en el decreto legislativo N° 276.

- Que, en cuanto a la pretensión accesoria consistente en el restablecimiento del derecho a seguir trabajando en la entidad demandada manteniendo su condición de operador de maquinaria pesada, debiendo disponerse que se implemente los derechos y beneficios del servidor público permanente citados en la resolución N° 325-2010-MPB/A, al respecto, habiéndose declarado fundada la demanda, es claro que debe proceder a restablecer el derecho a seguir laborando en la entidad demandada – Municipalidad Provincial de Bolognesi - al demandante Esteban Paulino Allauca Antahurco, en su condición de operador de maquinaria pesada, disponiéndose implementar los derechos y beneficios como servidor permanente y que no puede ser cesado, ni destituido sino por las causales y con sujeción a un debido procedimiento administrativo establecido en el decreto legislativo N° 276.

- **DECISION: 1) CONFIRMARON** la resolución Número cinco, de fecha veinticinco de noviembre del dos mil once, inserta de fojas ciento diez a ciento once, que declara infundada la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, deducida por la Municipalidad Provincial de Bolognesi declara saneado el proceso, fija los puntos controvertidos y admite los medios probatorios; con lo demás que contiene; **2) REVOCARON LA SENTENCIA** contenida en la resolución número nueve, de fecha doce de marzo de dos mil doce, inserta de fojas ciento cincuenta y seis, que resuelve declarar infundada la demanda contenciosa administrativa de fojas trece a veinte, interpuesta por Esteban Paulino Allauca Antaurco contra la Municipalidad Provincial de Bolognesi; con lo demás que contiene;

REFORMULANDOLA DECLARARON FUNDADA EN PARTE LA DEMANDA contencioso administrativo de fojas trece a veinte, interpuesto por Esteban Paulino Allauca Antaurco contra Municipalidad Provincial de Bolognesi; **DECLARARON NULA Y SIN EFECTO LEGAL** la resolución de alcaldía N° 07-2011-MPB/A, de fecha tres de enero del dos mil once, expedido por la municipalidad Provincial de Bolognesi; **DECLARARON VALIDA Y VIGENTE**, la resolución de alcaldía N° 325 -2010-MPB/A, de fecha catorce de diciembre del dos mil diez, con las observaciones efectuadas en la parte considerativa de la presente resolución; **DISPUSIERON** que el actor Esteban Paulino Allauca Antaurco sea restablecido en su derecho a seguir laborando para la Municipalidad Provincial de Bolognesi; manteniendo su condición de operador de maquinaria pesada, disponiéndose a implementar sus derechos y beneficios de servidor público contratado para labores de naturaleza permanente; sin costas ni costos; notificándose y los devolvieron.

1.5. RECURSO DE CASACIÓN:

Con fecha veintidós de noviembre del dos mil doce el demandante JUAN ERNESTO RIVERA ALZAMORA, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Bolognesi, interpone recurso de casación basándose en la causal establecida en el artículo 386 del Código Procesal Civil señalando la infracción normativa consistente en la interpretación errónea de la ley N° 24041, inaplicación del artículo 28° del decreto supremo N° 005-90-PCM, que aprueba el reglamento legislativo 276, inaplicación del artículo 9.1 de la ley N° 29626 que aprueba la ley del presupuesto del sector público para el

año 2011, inaplicación del artículo 2° de la ley N° 24041, inaplicación del artículo 104.2 de la ley N° 27444, contravención del debido proceso. Asimismo, mediante resolución N° 18 de fecha 10 de diciembre de 2012 se eleva a la sala de derecho constitucional y social transitoria de la corte suprema de la republica a fojas 229.

1.5.1. EJECUTORIA SUPREMA:

A fs. 233-236, de fecha veinticuatro de julio de 2013, donde los vocales de la Sala Civil de la Corte Suprema declararon IMPROCEDENTE el recurso interpuesto por Juan Ernesto Rivera Alzamora, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Bolognesi.

Considerandos de la Ejecutoria Suprema:

- Que, del análisis de las causas denunciadas y de su fundamentación se advierte que el recurso de casación no cumple con los requisitos de procedencia previstos en los incisos 2) y 3) del artículo 388° del código procesal civil, pues si bien es cierto la parte recurrente cumple con precisar las normas legales, que a su criterio se han infringido al emitirse la sentencia de vista, también lo es que no ha cumplido con demostrar la incidencia directa de la infracción alegada sobre la decisión impugnada, toda vez que los argumentos expresados están formulados de manera genérica que no permiten demostrar la pertinencia de las infracciones alegadas a la relación fáctica y en qué sentido su aplicación haría variar el sentido del fallo, por lo que no basta invocar la norma o normas cuya aplicación al caso concreto se pretende, sino que debe demostrar la pertinencia de la misma a la relación fáctica establecida y como su

aplicación modificaría el resultado del juzgamiento; por tanto la causal denunciada deviene en **IMPROCEDENTE**.

1.6. ETAPA DE EJECUCIÓN:

Mediante Resolución N° 19 de fecha once de diciembre de 2013, se pone en conocimiento a las partes para que expresen lo conveniente, asimismo mediante resolución N° 20 de fecha 07 de enero de 2014, se requiere a la Municipalidad Provincial de Bolognesi, que cumpla con lo ordenado en la sentencia de vista, bajo apercibimiento de ley en caso de incumplimiento.

II. MARCO TEORICO:

2.1. FINALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La finalidad del proceso contencioso administrativo se encuentra recogida en el artículo 1° del TUO de la Ley 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo, modificado por el D. Leg. 1067, D.S. 013-2008-JUS, que se señala que se encamina al control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Señala PRIORI POSADA³⁷ que el proceso contenciosos administrativo en un instrumento a través del cual los particulares pueden, en ejercicio de su derecho de acción, solicitar tutela jurisdiccional frente a una actuación de la Administración Pública. Su finalidad no es sólo la de revisar la legalidad del acto administrativo, declarando su validez o invalidez, sino que el derecho de tutela jurisdiccional efectiva determina que particular pueda plantear una pretensión solicitando una efectiva tutela a la situación jurídica subjetiva que le alega ha sido vulnerada o que está siendo amenazada, tal como expresamente lo establece la Ley que regula el proceso contencioso administrativo. Por ende, puede plantearse ante el tribunal cualquier pretensión que tenga por objeto una adecuada respuesta ante la vulneración o amenaza de la situación jurídica cuya tutela se reclama. La labor del Poder Judicial no se restringe así a la declaración de invalidez del acto administrativo, sino a una auténtica sustitución de la decisión administrativa pues sólo así, brinda una efectiva tutela a las situaciones jurídicas de los ciudadanos.

³⁷ PRIORI POSADA, Giovanni. Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo. 4ta Ed, Ara, Lima, 2009, pp 89-91.

El sistema Peruano de amplia tutela, a decir del referido autor, se restringe a dos aspectos: a) Un control jurídico, lo que descarta cualquier posibilidad de control político que no es propio del órgano jurisdiccional; y b) Un control de las actuaciones administrativas sujetas al derecho administrativo, con lo cual, cualquier otra actuación de la Administración que deba regirse por otras reglas no debe ser materia de control a través del proceso contencioso administrativo, es decir, únicamente pueden ser objeto de control las actuaciones de la Administración que hayan sido realizadas en ejercicio de la función administrativa³⁸.

2.2. PRETENSIÓN DE NULIDAD O INEFICACIA:

En nuestro ordenamiento todo acto administrativo se presume válido, conforme al precepto recogido en el artículo 9° de la Ley 27444, Ley del Proceso Administrativo General - LPAG. En efecto, el referido dispositivo precisa: “Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda”. Entonces, frente a un acto administrativo que se presume válido, pero que un administrado considera que lo agravia, la ley ha previsto un mecanismo procesal para conseguir su declaratoria judicial de nulidad. Es decir, para derrotar la presunción de validez. Ese medio procesal es precisamente la pretensión de nulidad, parcial o total, recogida en el artículo 5°, numeral 1, de la ley 27584, que dispone: “En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: 1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos”. Pero en concreto, ¿Qué

³⁸ Ibid.

significa declarar judicialmente la nulidad de un acto administrativo? Judicialmente, claro está, significa que exista pronunciamiento de un órgano del Poder Judicial en el marco de un proceso contencioso administrativo. Específicamente, la declaratoria de nulidad de un acto administrativo significa dejar sin efecto tal acto por haber incurrido en alguna de las causales de nulidad.³⁹

2.3. CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO:

Como se ha señalado, la pretensión recogida en el inciso 1 del artículo 5° de la Ley 27584, implica la petición al juez correspondiente de la jurisdicción contencioso administrativa, que declare la nulidad del acto administrativo impugnado. Para efectuar tal declaración, lo que el juzgador debe hacer es verificar si el acto emitido por la administración está afectado de una causal de nulidad. Las causales de nulidad son afectaciones graves al acto administrativo que lo descalifican y lo privan de efectos por haber contravenido el ordenamiento jurídico. La ley que regula el Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, señala expresamente en su artículo 10°, cuáles son las causales de nulidad. Entre las causales señaladas por el indicado artículo, tenemos:

- La contravención a la Constitución, las leyes o a las normas reglamentarias.
- El defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez. Salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto administrativo.

³⁹ NORMAS LEGALES. «Guía Práctica de Impugnación Judicial de Acciones Administrativas». Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 34.

- Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiriera facultades o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación y trámites esenciales para su adquisición.
- Los actos administrativos que son constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.”

2.4. REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO:

El acto administrativo, como declaración de una entidad destinada a producir efectos, debe cumplir con determinadas condiciones. Esas condiciones, son exigencias básicas, insustituibles e imprescindibles, que de no verificarse el acto no cumple su finalidad, es decir, no surte efectos ni regula la relación entre la administración y el administrado. Como hemos visto, la invalidez siempre implica nulidad. Por ello la pretensión de nulidad del administrado puede basarse en la ausencia de uno de los requisitos de validez del acto administrativo. Siendo ello así, es necesario conocer cuáles son esos requisitos de validez del acto administrativo, los mismos que ha sido recogidos en el artículo 3º de la LPAG; entre ellos tenemos a los siguientes:

- 1. La competencia:** El acto administrativo debe ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía.
- 2. Objeto o contenido:** El acto administrativo debe expresar claramente su respectivo objeto, es decir, aquello que decide, declara o certifica, de

manera que determine inequívocamente sus efectos jurídicos. El objeto o contenido debe ajustarse al ordenamiento jurídico.

3. **Finalidad pública:** El acto administrativo debe perseguir las finalidades de interés público que conforme al ordenamiento debe cumplir el órgano emisor.
4. **Motivación:** El acto administrativo, debe expresar las razones que lo fundamentan. Deberá señalar de forma clara y expresa todos los hechos probados relevantes para el caso específico, así como las razones jurídicas que justifican el acto adoptado.
5. **Procedimiento Regular:** Para su emisión, el acto administrativo debe observar el procedimiento previsto. Se refiere no solo a las reglas que rigen su emisión en estricto, sino a la observancia de las reglas del debido procedimiento durante todas las etapas del procedimiento administrativo al que está vinculado.

2.5. LA REGLA EN EL AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA

Por la regla del agotamiento de la vía administrativa, los administrados antes de acudir a cualquiera de los procesos judiciales, deben reconocer la competencia jurídica de la Administración Pública para conocer previamente sobre lo ocurrido en su ámbito. La regla está concebida, para que las entidades administrativas tengan la oportunidad y la posibilidad de conocer y resolver sobre cualquier controversia que su actuación u omisión puedan producir en la esfera de intereses o derechos de los administrados, con

anticipación a que sea sometido el diferendo a la función jurisdiccional. Como se conoce, nuestro ordenamiento jurídico público ha visto en esta regla la reminiscencia de un privilegio del poder público por el cual, para habilitar la procedencia de cualquier acción judicial en su contra, era indispensable efectuar un reclamo previo ante sus propias dependencias hasta obtener una resolución que cause estado o, lo que es lo mismo, concluya la vía administrativa prevista regularmente. Como tal, cualquier sujeto deseoso de ejercer una pretensión frente a la Administración no puede optar libremente entre la vía administrativa y la judicial, ni prescindir del planteamiento previo ante la autoridad gubernativa competente, ya que, en virtud de esta regla, le corresponde iniciar directamente la secuencia administrativa y debatir ahí su pretensión hasta obtener una decisión "madura" de la administración.

Potencialmente, las decisiones administrativas podrían ser controvertidas ante el Poder Judicial, sin embargo, en aplicación del carácter prejudicial de la vía administrativa, resulta indispensable que el administrado ejerza su derecho de contradicción (reclamación previa administrativa) anteladamente ante la propia Administración hasta obtener un pronunciamiento que cause estado. Cuando ello ocurre, decimos que la vía administrativa ha quedado agotada y, recién, procede la vía sucesiva: la judicial. La doctrina ha sostenido alternativa y/o concurrentemente que la exigencia del agotamiento de la vía previa, persigue como finalidades: producir una etapa conciliatoria previa a la controversia judicial; dar a la Administración Pública la posibilidad de revisar decisiones, subsanar errores y promover su autocontrol jerárquico de lo actuado por sus instancias inferiores, reforzar la presunción

de legitimidad de los actos administrativos, para que no llegue al cuestionamiento judicial, actos irreflexivos o inmaduros; y limitar la promoción de acciones judiciales precipitadas contra el Estado. En suma, la regla fija la frontera entre la vía judicial y la vía gubernativa, señalando el momento hasta el cual será exigible debatir el tema en el fuero administrativo y, como correlato, a partir de cuando queda habilitado el administrado para acceder a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, los efectos jurídicos del mantenimiento de esta regla sobre la justiciabilidad de los actos de la Administración son los siguientes:

- Convierte al procedimiento administrativo en el presupuesto de admisibilidad de las demandas contra la Administración.
- Asume que para demandar al Estado resulta indispensable, como regla general, acudir al reclamo administrativo previo hasta agotar la instancia.
- La recurrencia a la vía administrativa importa interrumpir el plazo de prescripción para el inicio de acciones judiciales⁴⁰.
- En caso de iniciar un proceso judicial sin agotar la instancia administrativa, el Estado está facultado para oponerse a la prosecución del proceso por medio de: la cuestión prejudicial (vía penal) y la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (vía civil)⁴¹.

⁴⁰ Artículo 1996° inciso 3) del Código Civil.

⁴¹ Código Procesal Civil, artículos 446° inciso 5 y 451° inciso 5)

2.6. EXCEPCIÓN DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA

Esta excepción como tal es una novedad que trae el nuevo Código Procesal Civil, como un medio de defensa que puede hacer uso el demandado.

En la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1963, derogada ya, se establecía que los Jueces no debían admitir la impugnación de resoluciones administrativas de carácter particular, sino después de agotados los recursos jerárquicos expresamente pre-establecidos y a instancia de parte interesada (Art. 11 LOPJ 1963). Este precepto es un antecedente de la nueva excepción. En efecto, en los casos de impugnación de alguna resolución administrativa, previamente deben agotarse los recursos previstos en la vía administrativa para acudir a la acción civil y generar un proceso civil (Art. 446 – 5 CPC).

Si reflexionamos sobre el fundamento de ésta excepción, podríamos llegar a la conclusión que, en el fondo, ésta, es una modalidad de la excepción de incompetencia; pues válidamente podemos sostener que un Juez no sería competente para conocer de una demanda sobre impugnación de una resolución administrativa si previamente el actor no ha agotado los recursos impugnatorios previstos en la vía administrativa. Por ello esta excepción es un tema de discusión.

Un requisito de admisibilidad de la demanda, tratándose de las acciones contencioso – administrativas, es el agotamiento de la vía administrativa (Art. 541 – 2 CPC).

Para que la relación procesal se genere válidamente, es menester que la resolución administrativa impugnada sea el resultado del agotamiento de los recursos correspondientes.

En otras palabras esta excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, se opone cuando se inicia un proceso civil sin haberse agotado previamente el procedimiento administrativo correspondiente.

Por otro lado, esta excepción puede ser planteada no solamente en los procesos de impugnación de acto o resolución administrativa, sino en cualquier otro proceso que requiera un procedimiento administrativo previo; pues dicha excepción se funda en la omisión de un requisito procesal, (agotamiento de la vía administrativa)⁴².

Se trata de una excepción procesal y no sustantiva, por tanto, es una excepción dilatoria.

Carrión Lugo señala que “...quien no ha agotado los recursos impugnatorios en la vía administrativa, ya sea porque no los interpuso o porque se le fue el plazo para interponerlos, en el supuesto que impugnara judicialmente en la vía del proceso contencioso – administrativo la resolución respectiva, la excepción en estudio es viable”; pues si no se agotan los recursos administrativos, se estaría obviando el procedimiento para acudir directamente al órgano jurisdiccional, lo cual no es dable.

Finalmente cabe destacar que el agotamiento de la vía administrativa es un requisito de admisibilidad de la demanda contenciosa – administrativa conforme lo precisa el inc. 2 del Art. 541 del C. P. C., pues para que se admita a trámite la demanda se debe haber interpuesto los recursos jerárquicos del caso en el proceso administrativo. En caso contrario el Juez declarará inadmisibile la demanda, concediéndole plazo al accionante que no puede exceder de 10 días para que

⁴² CARRIÓN LUGO, Jorge, “Análisis del Código Procesal Civil”, Tomo I, 1994, Pág. 343 – 344.

acredite el agotamiento de la vía administrativa, y de no cumplirse con el mandato en el plazo concedido se rechazará la demanda, disponiéndose su archivamiento.

2.7. EL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El debido procedimiento administrativo constituye un principio-derecho que concede a los administrados derechos y garantías implícitos a un procedimiento regular y justo. Este principio-derecho debe ser observado por la Administración Pública en la tramitación de los procedimientos administrativos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación o sanción. En esa línea, el Numeral 2.1 del Artículo IV del Título Preliminar y el Numeral 2 del Artículo 230° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General señalan que el debido procedimiento constituye un principio que rige la actuación de la Administración Pública en todos los procedimientos administrativos, en especial en aquellos en los que ejerce potestad sancionadora (procedimiento administrativo sancionador). Asimismo, refieren que el debido procedimiento se encuentra conformado por el derecho del administrado a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

2.8. GARANTIAS DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

a) **Derecho a la notificación:** Mediante esta garantía se concede a los administrados el derecho a ser informados del estado del procedimiento en el momento oportuno. La notificación implica comunicar a las partes o a quienes tengan legítimo interés la realización de una diligencia o actuación procesal, o la decisión tomada por la Administración Pública en el marco de un

procedimiento administrativo. Las resoluciones emitidas por la Administración Pública deben ser notificadas a través de medios idóneos (v. gr. correo, telégrafo, entre otros) que permitan tener constancia de su práctica y de las circunstancias en las que se ha realizado, conforme lo establecen las normas procesales.

b) Derecho de acceso al Expediente: Mediante esta garantía se concede a los administrados la posibilidad de estar debidamente informados del estado o situación del procedimiento administrativo, a través del acceso y lectura del expediente. Esta garantía se encuentra reconocida en el Numeral 3 del Artículo 55° de la LPAG27, el cual señala que los administrados tienen derecho a acceder a la información contenida en el expediente del procedimiento administrativo. Conforme lo dispone el Artículo 160° de la LPAG los administrados tienen derecho de acceder a los documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes contenidos en el expediente administrativo en cualquier momento de su trámite. Solo se exceptúan aquellos documentos que contienen información cuyo conocimiento pueda afectar el derecho a la intimidad personal o familiar, aquellos que expresamente sean excluidos por ley o por razones de seguridad nacional, las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y los que impliquen un pronunciamiento previo por parte de la autoridad competente. El pedido de acceso al expediente puede realizarse verbalmente y se concede de inmediato, sin necesidad de resolución expresa, en la oficina en que se encuentre el expediente.

- c) **Derecho a la defensa:** El derecho a la defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que se encuentra reconocido en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, el cual refiere que todo administrado tiene derecho a exponer los argumentos que sustentan su defensa. Asimismo, el TC señala que el derecho a la defensa garantiza que toda persona sometida a un procedimiento administrativo tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de sus derechos e intereses. En tal sentido, se vulneraría el derecho a la defensa cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales necesarios para su defensa o cuando se establecen condiciones para la presentación de los argumentos de defensa (descargo o contradicción).
- d) **Derecho a producir y ofrecer pruebas:** El derecho a ofrecer y producir pruebas se encuentra reconocido en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. Esta garantía faculta a los administrados a presentar los medios de prueba que sean pertinentes para fundamentar sus argumentos, así como garantiza que la autoridad administrativa actúe y valore cada una de las pruebas admitidas antes de emitir una decisión en el procedimiento administrativo. Conviene señalar que la producción y valoración de pruebas está vinculada a la motivación de las decisiones y al resultado del procedimiento administrativo, dado que su consideración definirá el sentido de la decisión final. Al respecto, el TC refiere que este derecho resulta trascendental en la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores. En tal sentido, sostiene que todo administrado, para la defensa de sus derechos, puede presentar pruebas de descargo, las cuales deben ser necesariamente valoradas por la Administración Pública para emitir una

decisión final, es decir, para concluir si corresponde o no la imposición de una sanción administrativa.

- e) **Derecho a una decisión motivada y fundada en derecho:** El derecho a una decisión motivada y fundada en derecho se encuentra reconocido en el Numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. En aplicación de esta garantía se exige a la Administración Pública que exteriorice las razones que sustentan su decisión (resolución administrativa). En tal sentido, esta garantía implica que la autoridad administrativa consigne en sus resoluciones los hechos y las normas jurídicas que han determinado el sentido de su decisión³⁷. Cabe indicar que el Numeral 4 del Artículo 3° y el Artículo 6° de la LPAG señalan que la motivación constituye un requisito de validez de los actos administrativos. La motivación debe ser expresa, indicando la relación concreta y directa entre los hechos probados y las normas jurídicas. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.
- f) **Derecho a impugnar las decisiones administrativas:** Como sostiene el TC, el derecho de recurrir una decisión de la Administración Pública no debe confundirse con la exigencia de una doble instancia administrativa. Este último no constituye un derecho fundamental del administrado, dado que no

es posible imponer a la Administración Pública, en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia. La exigencia de la pluralidad de instancias es un derecho titularizable estrictamente en el ámbito de un proceso “judicial”. Más aún, si se tiene en cuenta que las controversias surgidas entre el administrado y la autoridad administrativa solo pueden ser solucionadas de forma definitiva por un tercero, imparcial e independiente, y no por la propia Administración Pública.

2.9. LOS CONTRATOS LABORALES

Es un acuerdo entre empleado y empleador que da inicio al vínculo laboral. Está determinado por obligaciones y derechos entre ambas partes. De acuerdo a Yessica Morales⁴³, especialista de Ofisis, existen **tres tipos de contrato** que detallamos a continuación:

A) Contrato indefinido

De acuerdo a Morales, este tipo de contrato **no tiene una fecha determinada de expiración**. La causal de despido puede ser una falta grave que amerite que un trabajador deba ser apartado de la empresa. El empleado bajo este tipo de contrato goza de todos los beneficios laborales que brinda la ley peruana; es decir, CTS, asignación familiar, gratificaciones, vacaciones, seguro social, entre otros.

⁴³ MORALES, Jessica. Disponible en: <http://larepublica.pe/economia/889715-conoces-cuantos-tipos-de-contrato-laboral-hay-en-el-peru>

B) Contrato a plazo fijo o determinado

En este caso, empleado y empleador acordaron que el vínculo laboral solo sea por un tiempo determinado, para ejercer una actividad o necesidad específica.

Hay tres subdivisiones para este tipo de contrato:

- **Temporal:** Se puede dar por lanzamiento o inicio de actividad; por la necesidad de mercado, por ejemplo en campañas del Día de la Madre o Día del Padre donde se exige una mayor cantidad de producción; y la reconversión empresarial que se produce cuando se afrontan cambios importantes dentro de ella.

- **Ocasional:** Puede darse por suplencia, como reemplazo por vacaciones o descanso pero o post natal; y emergencia, cuyo fin es cubrir necesidades imprevistas y graves.

- **Accidental:** Puede ser específico, que permite actividades cuyo inicio y fin estén claramente predeterminados; intermitente, que es para necesidades permanentes pero discontinuas; y el contrato de temporada, que solo es para servicios puntuales que no son frecuentes.

El plazo para este tipo de contrato no puede superar los cinco años; si fuera el caso, la condición del empleado cambia y pasa a tener un contrato indefinido. Morales puntualiza que este contrato debe ser registrado ante el **Ministerio Trabajo y Promoción del empleo** dentro de 15 días, especificando la fecha de inicio y culminación.

C) Contrato a tiempo parcial

El contrato a tiempo parcial o “Part-time” demanda un **horario de trabajo que no supera una jornada de 4 horas diarias**. A diferencia del contrato indefinido o de plazo fijo, los trabajadores que tienen esta modalidad, no tiene derecho a los beneficios laborales como CTS, vacaciones, indemnización por falta del descanso vacacional ni la indemnización por despido arbitrario. Sin embargo, tienen derecho a gratificaciones legales y derecho al descanso semanal obligatorio, al descanso en feriados, horas extras, seguro social, seguro de vida, pensiones, asignación familiar, utilidades y sindicalización.

De acuerdo a la experta de Ofisis, hay dos **recomendaciones que los empresarios deben seguir** para no tener inconvenientes con la ley, ni con los trabajadores.

1. Que la redacción del contrato sea muy clara. El hecho de poner muchos tecnicismos probablemente cause dudas por parte del empleado y genere confusiones y malinterpretaciones a futuro.

2. Tener contratos pre establecidos para cada uno de los puestos. Uno de los errores que las empresas cometen es que demandan mucho tiempo en generar contratos para cada persona. Si tienen contratos para cada perfil laboral de su giro de negocio, ahorrarían mucho tiempo y dinero al momento de celebrar sus contrataciones.

Para evitar posibles errores, Morales recomienda automatizar los procesos de generación de contratos, a través de un software de planillas. “A través de Ofiplan, administramos diversos tipos y modalidades de contrato, configurando alertas automáticas para gestionar correctamente la emisión, vencimientos y renovaciones de los mismos en la empresa, de manera inmediata”, explica.

2.10. LOS CONTRATOS DE TRABAJO MODALIDALES FRENTE A LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE ESTABILIDAD LABORAL:

No es difícil que podamos darnos cuenta que en los últimos años, las normas que han venido introduciendo cambios en la Ley de Fomento del Empleo original, que en la actualidad están integradas en su Texto Único Ordenado (LPCL) y sus modificatorias posteriores, han buscado de alguna manera establecer dispositivos de mayor protección en los sistemas de contratación de personal, prefiriendo la contratación directa frente a la indirecta. Así tenemos a manera de ejemplo que, normas recientes sobre intermediación laboral⁴⁴ han precisado que las empresas de servicios temporales, están limitadas para destacar personal a las empresas usuarias en los servicios comprendidos en los contratos de trabajo ocasionales o de suplencia. Sin embargo, son los diversos fallos del Tribunal Constitucional dados desde la sentencia originada en la acción de amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefonía del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú y

⁴⁴ Ley No.27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (09.01.02)

Telefónica Holding, y la resolución aclaratoria, publicadas el 11 y 18 de septiembre de 2002, respectivamente, que declararon la inaplicabilidad del artículo 34 de la LPCL (relativo al despido arbitrario) y otros fallos posteriores⁴⁵, los que han generado – a falta de una definición por parte del Congreso de la República a través de la aprobación de la Ley General del Trabajo – un sistema de mayor protección frente al despido, que le permite a los trabajadores reclamar la reincorporación al centro de trabajo. No olvidemos que antes de dichos fallos, cuando los empleadores ejercían el derecho a resolver unilateralmente los contratos de trabajo a cambio del pago de una indemnización, en muchos casos los trabajadores que habían sido contratados a plazo fijo en forma indebida (simulación o fraude) de encontrarse ante tal despido, podrían preferir por demandar la reparación económica sin cuestionar la forma o naturaleza jurídica de su contratación, porque el monto a recibir sería mayor⁴⁶. Hoy en día cambiarían de postura por el atractivo de la reposición, siendo relevante cuestionar, en sede judicial, la naturaleza del contrato.

Bajo este orden de ideas podemos advertir que, todos los cambios introducidos que han limitado la flexibilidad laboral de salida – principalmente por fallos del Tribunal Constitucional – vienen fomentando de parte de los empleadores una mayor utilización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad. Ante la

⁴⁵ Además de la inaplicabilidad del artículo 34 de la LPCL sobre el despido arbitrario, se ha desarrollado criterio jurisprudencial que otorga al trabajador derecho a solicitar su reincorporación, no solamente en los casos de despido nulo, sino de estar ante un despido fraudulento o que haya afectado derechos fundamentales en el ámbito laboral (derechos constitucionales).

⁴⁶ Cuando la resolución unilateral del contrato de trabajo sujeto a modalidad se producía faltando más meses que años trabajados, desde el punto de vista económico, al trabajador le convenía no cuestionar la naturaleza del contrato de estar ante un fraude o simulación, porque la indemnización por despido de un estable sería menor. Recordemos que en los contratos modales la indemnización se calcula en función a los meses que faltaban para concluir el plazo pactado mientras que en los contratos indeterminados por el tiempo trabajado.

amenaza de un uso abusivo e indiscriminado de estos contratos en circunstancias que la ley no permite, con la finalidad de evitar la estabilidad laboral, puede provocar que cada vez más nos encontremos frente a conflictos jurídicos en la que los trabajadores reclamen la aplicación de alguna de las causales de desnaturalización para obtener una mayor protección frente al despido⁴⁷. De otro lado, aunque no es materia del trabajo analizar las conveniencias o perjuicios que trajo a nuestro país el proceso de flexibilidad laboral iniciado en el año 1991, especialmente en la denominada flexibilidad de entrada y de salida, debemos mencionar que resulta contraproducente que en un mercado laboral como el peruano que tiene altísimos índices de informalidad en la contratación de trabajadores, la falta de reglas claras en materia de contratación y despido laboral, genere a raíz de los últimos pronunciamientos judiciales, un temor histórico de regresar a la estabilidad laboral absoluta como regla general, que además de anacrónica, alientan en el caso de los formales, a la simulación en la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad cuando estamos ante contratos de naturaleza permanente, y en el caso de los informales, peor aún, evitar que los empleadores – especialmente de las micro y pequeñas empresas – opten por regularizar la contratación de sus trabajadores o utilicen mecanismos de contratación no laboral (locación de servicios), manteniéndolos al margen de la ley y por ende de la protección del Derecho del Trabajo⁴⁸

⁴⁷ Hay casos en que antes de la conclusión del plazo pactado en el contrato, y a sabiendas de su no renovación, trabajadores han interpuesto acciones de amparo – con medida cautelar - para impedir la conclusión del mismo, argumentando que habiéndose desnaturalizado su contrato en uno a tiempo indeterminado, estaría amenazado su derecho constitucional al trabajo de producirse su cese (despido arbitrario arbitrario).

⁴⁸ Con la dación de la Ley No.28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (03.07.03), se ha buscado establecer un régimen laboral especial que fomente la formalización de sus trabajadores. Sin dejar de destacar la finalidad de la norma, consideramos que los recientes

2.11. LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
- d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

2.12. REGULACIÓN DE LAS CAUSALES DE DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS MODALES:

Las causales de desnaturalización de los contratos de trabajo recogidos en forma taxativa en la LPCL, parten siempre de la existencia formal de un contrato de trabajo modal que luego de su celebración se convierte (desnaturaliza) en un contrato a tiempo indeterminado. Por esta razón no habría desnaturalización cuando un trabajador ha sido contratado mediante un contrato a tiempo indeterminado y luego de iniciar la prestación de sus servicios, el empleador celebra con el mismo un contrato modal. En este supuesto, siendo dicha contratación de carácter formal, y habiéndose

pronunciamientos judiciales sobre temas relativos a la estabilidad laboral pueden venir afectando, entre otras razones, dicha propuesta de formalización.

celebrado con posterioridad al inicio de la relación laboral, ya estábamos por aplicación del artículo 4 de la LPCL ante un contrato a tiempo indeterminado, por lo que no tiene efecto el contrato suscrito. Situación distinta a la detallada en el párrafo anterior es la nueva causal de desnaturalización que consagra el proyecto de Ley General del Trabajo, que se produce cuando la celebración del contrato no consta por escrito. Es decir, a pesar que se manifieste que la relación laboral es a tiempo determinado, no está por escrito, aplicándose la presunción legal hoy recogida en el artículo 4 de la LPCL. Como lo hemos manifestado líneas arriba, siendo los contratos temporales o atípicos una excepción a la contratación laboral a tiempo indefinido, la legislación sanciona su indebida utilización a través de la figura de la desnaturalización.

2.13. CONCEPTO DE LA ESTABILIDAD LABORAL

El concepto de estabilidad laboral ha sido bastante empleado en los últimos años, sobre todo en las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia laboral, las cuales estuvieron referidas principalmente a la protección contra el despido arbitrario, pero también a los Trabajadores de Confianza. La estabilidad laboral es definida como el derecho que tiene un trabajador a conservar su puesto indefinidamente, siempre que no incurra en faltas previamente determinadas o que no acaezca en especialísimas circunstancias. También se define como estabilidad laboral el derecho del trabajador a conservar su puesto durante toda la vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes que adquiriera el derecho de su jubilación, a no ser por causa taxativamente determinada. Según PÉREZ REY, “la estabilidad en el trabajo o los trabajos constituye la versión más amplia y, a grandes rasgos, consiste en procurar al trabajador continuidad en su estatuto profesional más allá de los límites de una concreta empresa”⁴⁹. “La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo –el contrato típico

⁴⁹ PÉREZ REY, Joaquín. Estabilidad en el Empleo. Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 22.

de trabajo tiene vocación de permanencia y ello por el carácter protector del Derecho Laboral- ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral siendo una manifestación del principio de continuidad”⁵⁰.

En palabras de PLÁ, sin la estabilidad laboral, serían mínimas o nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos individuales o colectivos y los mecanismos para la tutela de los mismos no tendrían la suficiente "exigibilidad" frente al empleador. Así, la estabilidad laboral, es, como ha dicho VILLAVICENCIO, la "garantía imprescindible para el ejercicio de los demás derechos laborales"⁵¹.

2.13.1. Fundamentos Jurídicos de la Estabilidad Laboral

2.13.1.1.El Derecho al Trabajo

El artículo 22° de la Constitución Política de 1993⁵² enuncia que “el trabajo en un deber y un derecho”. Según DE BUEN, el derecho al trabajo “se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo”⁵³.

Al respecto, MARCENARO señala que "lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es diferenciar entre dos niveles, fases o estadios de éste; el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular"⁵⁴

⁵⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Instituciones del Derecho Laboral. 2da. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pág. 501.

⁵¹ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “PROEM”. En: Revista Coyuntura Laboral N° 09. DESCO. Lima, 1996, pág. 9.

⁵² Constitución Política del Perú de 1993, Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf> (visitado el 01.07.11).

⁵³ DE BUEN LOZANO, Néstor. Derecho del Trabajo. Editorial Porrúa, México, 1981, pág. 80,

⁵⁴ MARCENARO FRERS, Ricardo. El Trabajo en la Nueva Constitución. Cultural Cuzco, S.A. Editores, Lima, 1995, pág. 45.

En tal sentido, se considera el derecho al trabajo como la base de la estabilidad laboral, en razón, que este derecho tiene dos manifestaciones:

- **El Acceso al Empleo:** El cual comprende, a su vez, dos supuestos dependiendo del sentido genérico o específico en el que se entienda el empleo

A) El Acceso al Empleo en Sentido Genérico: Esta referido a las políticas económicas y sociales que debe adoptar el Estado para generar puestos de trabajo. Nos encontramos aquí ante un derecho de preceptividad diferida, puesto que requiere de desarrollo legal para que pueda tener exigibilidad.

B) El Acceso al Empleo en Sentido Específico: Viene a ser el derecho a ocupar un puesto cierto. Por ejemplo, esto se verificaría en caso de obtenerse el primer puesto en un concurso para acceder a un empleo. Se trata de un derecho de preceptividad inmediata, ya que para su ejercicio no se necesita una reglamentación legislativa.

C) La Conservación del Empleo La vulneración de este derecho puede provenir de cualquier extinción del vínculo laboral (como en el caso de la jubilación obligatoria, por ejemplo), y no sólo de las que derivasen de un despido injustificado, como señala el Tribunal Constitucional. Asimismo, se señala que este derecho tiene preceptividad inmediata, por lo cual cabe su defensa mediante la tutela del amparo, si se admite que en el caso peruano esta garantía no tiene carácter residual.

2.13.1.2. El Principio de Continuidad: Este principio es definido por PLÁ como: “(...) la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”⁵⁵ El principio de continuidad se considera como la base de la estabilidad laboral, pero no debe confundirse el uno con el otro ya que el primero, está referido a la resistencia de la terminación de la relación laboral

⁵⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 154.

por la voluntad del empleador, y se encuentra vinculado con la preferencia por los contratos de duración indefinida.

2.13.2. Clases de Estabilidad Laboral

La doctrina señala que la estabilidad laboral tiene dos manifestaciones, y se dividen en:

- A) Estabilidad de Entrada:** Es la garantía jurídica por la cual desde el inicio del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a una relación de plazo indeterminado cuando la naturaleza objetiva de sus labores es indefinida⁵⁶. En los contratos de trabajo, hay estabilidad de entrada una vez superado el periodo de prueba (como regla es de tres meses, salvo en el caso de los Trabajadores de Confianza y de Dirección donde puede incrementarse hasta seis y doce meses, respectivamente). Para NAVA la estabilidad de entrada “consiste en la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, la que se traduce al admitir la celebración de contratos de duración determinada sólo cuando la naturaleza de la labor que el trabajador va a cumplir sea temporal”⁵⁷.
- B) Estabilidad de Salida:** Es la protección frente al término de la relación laboral y ésta solamente puede darse por causales taxativas. Sin embargo, es necesario reconocer los dos tipos de estabilidad de salida: - Absoluta (que conlleva la reposición) - Relativa (que importa protecciones distintas como la indemnización, remuneraciones devengadas, etc.). Esta última manifestación de estabilidad puede ser propia o impropia⁵⁸. La estabilidad de salida conlleva la prohibición del despido injustificado, esto es, carente de una causa contemplada en la ley y acreditada ante un organismo especial. El artículo 27°

⁵⁶ Causas de Extinción del Contrato de Trabajo, Colegio de Abogados de Lima Este. Disponible en: <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex.pdf> (visitado el 28.02.18)

⁵⁷ NAVA GUIBERT, Luis. El Despido Arbitrario. Efectos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional. García Calderón Industrias Gráficas S.A.C., Lima, 2004, pág. 112

⁵⁸ Causas de Extinción del Contrato de Trabajo, Colegio de Abogados de Lima Este. Disponible en: <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex.pdf> (visitado el 28.02.18)

de la Constitución⁵⁹ (“la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”) manda al legislador a otorgar –a través de una ley- la adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario, sin predeterminedar la o las modalidades de la protección ni las características que permitan calificar a ésta como adecuada. Con la reserva de ley que impone el mencionado artículo, la eficacia de la reparación en los casos de despido queda subordinada a lo que disponga la ley encargada de su regulación.

- **Propia.-** Este tipo de estabilidad implica un efecto meramente declarativo, es decir se da “cuando se declara la nulidad del despido sin reposición efectiva. El trabajador demanda la nulidad del despido y el juez otorga la indemnización por el tiempo de duración del proceso y las remuneraciones devengadas más intereses. Sin embargo, no existe obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto. Hay entonces, reposición ficta pero no efectiva”⁶⁰.
- **Impropia.-** Se da cuando la protección es la indemnización, y es el sistema que actualmente se encuentra regulado en el Perú. Tiene su excepción en el despido nulo (estabilidad laboral absoluta). En el Perú, el sistema que predomina como regla es la Estabilidad Relativa Impropia, constituyendo una excepción el caso del despido nulo (estabilidad absoluta) que solo se produce por causales expresas previstas en la ley. Sin embargo, en los últimos años los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, han ampliado los supuestos de reposición, y por ende los casos de estabilidad laboral absoluta, construyendo una tendencia a regresar a la estabilidad laboral absoluta, lo cual, más allá de tener el fin de proteger al trabajador, significaría retroceder a la década de los 80 en donde la legislación laboral

⁵⁹ Constitución Política del Perú de 1993, Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf> (visitado el 28.02.18).

⁶⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob. cit., pág. 503.

era altamente rígida, y tenía efectos negativos en cuanto a la contratación de trabajadores, pues los costos laborales eran muy altos.

III. ANÁLISIS DEL EXPEDIENTE Y CONCLUSIONES DE LOS

PROBLEMAS DE FONDO Y DE FORMA:

3.1. PROBLEMAS DE FONDO:

3.1.1. PROBLEMAS ACCESORIOS:

- A. Determinar si existe una relación jurídica entre el demandante y el demandado; además, establecer si la primera tiene legitimidad para obrar.**

En el caso materia de análisis, el demandante, Allauca Antaurco Esteban Paulino, ha demostrado tener una relación jurídica con la entidad demandada, en tanto es un servidor público perteneciente a la Municipalidad provincial de Bolognesi, por más de un año que establece la norma, para ser considerado trabajador permanente, asimismo siendo el titular de la acción tiene legitimidad para petitionar los derechos laborales que le ha reconocido el Estado, a través del Decreto Legislativo N° 276 “ ley de la carrera administrativa y su reglamento el Decreto Supremo N° 005-90-PCM.

La Constitución Política del Estado establece taxativamente en el artículo 23° “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...) ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, asimismo en su artículo 26° “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1) igualdad de oportunidad sin discriminación 2) carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la constitución y la ley 3) interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma.

La doctrina de manera uniforme a establecido “Se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurran los tres elementos de 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 este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera diaria, continua y permanente cumpliendo un horario de trabajo”

En consecuencia, el demandante se constituye en trabajador permanente de la Municipalidad Provincial de Bolognesi, en aplicación del principio de primacía de la realidad, en tanto al haberse contratado al demandante bajo la modalidad de locación de servicios, de hecho, realizaba prestaciones propias de un contrato de trabajo, de modo que solo podía ser despedido por falta grave o por causas relacionadas con su conducta o capacidad, previo cumplimiento de los procedimientos y garantías establecidas en la ley.

B. Establecer si la Resolución de Alcaldía N° 07-2011-MPB/A del 03-01-2011, adolecen de nulidad.

- En el caso de análisis, considero que la Resolución de Alcaldía N° 07-2011-MPB/A de fecha 03 de enero de 2011 es nula, toda vez que para su emisión solamente se ha basado en el Informe Legal N° 002-2010/MPB/JCÑR/ALE, por medio del cual se opina que se debe declarar la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 352-2010-MPB/A, sin que exista una resolución autoritativa del alcalde de dicha Municipalidad de dar inicio a la nulidad de oficio, conforme lo dispone

expresamente el numeral 104.1 del artículo 104 de la ley N° 27444, con el objeto de notificarse al trabajador Esteban Paulino Allauca Antahurco a fin de que haga uso de su derecho de defensa, conforme lo dispone el numeral 104.2. del artículo 104 de la ley N° 27444, teniéndose en cuenta los principios de contradictorio, la audiencia bilateral y defensa, ya que nadie puede ser condenado sin previo juicio, en el presente caso sin proceso administrativo previo con las garantías del debido proceso, conforme lo dispone el inciso 10 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado. (...) en ese sentido, resulta claro que se ha vulnerado el derecho al debido proceso, concordante con lo dispuesto por el artículo IV, numeral 1.2. de la ley N° 27444; vulnerando además los derechos fundamentales del demandante.

- Que, en ese sentido, la resolución de alcaldía N°07-2011-MPB/A de fecha 03 de enero del año 2010, vulnera el derecho al debido proceso del trabajador Esteban Paulino Allauca Antahurco, por lo que se encuentra incurso en vicio de nulidad previsto en el inciso 1 del artículo 10 de la ley N° 27444- Ley del procedimiento administrativo general, por lo que el mismo debe ser declarado nulo y sin efecto legal.

3.1.2. PROBLEMA PRINCIPAL:

- **Determinar si el demandante tiene la calidad de servidor permanente de la Municipalidad Provincial de Bolognesi.**
- En el proceso se observa que el demandante ha acreditado la existencia de una relación laboral permanente por más de un año, con su empleador Municipalidad Provincial de Bolognesi, siendo que el referido trabajador

a la fecha labora permanentemente en la Municipalidad Provincial de Bolognesi. Además, mediante los certificados, se advierte que la referida persona ha trabajado durante el periodo comprendido entre el uno de enero del dos mil tres hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil seis, luego continuó desde el uno de febrero del dos mil siete hasta el treinta y uno de diciembre del dos mil diez, laborando como operador de moto niveladora y otros de maquina pesada. Es más, con dichos medios probatorios ha quedado desvirtuada la afirmación de la demandada que ha manifestado que el demandante como operador de maquina solo ha sido contratado como trabajador eventual, por locación de servicios y posteriormente en obras y como jornal se le reconoce días trabajados, habiendo laborado las veces que se le ha requerido en obras, sin embargo no ha desvirtuado porque motivo aparece de los certificados antes indicados que ha trabajado durante el plazo de tiempo que se indica en ella, sin haberse dejado la constancia firmada por la demandada, por lo que debe tenerse por cierto lo afirmado por la parte demandante. En el sentido el trabajador, viene realizando labores de naturaleza permanente por más de un año de servicios y como tal no puede ser cesado ni destituido, sino por las causales y con sujeción a un debido procedimiento administrativo establecido en el Decreto Legislativo N° 276.

3.2.PROBLEMAS DE FORMA:

A. Determinar si la demanda cumple con los requisitos exigidos por ley.

Los requisitos de admisibilidad de la demanda, se encuentran señalados en el artículo 424° del Código Procesal Civil.

Se observa que en la demanda se señaló una vía procedimental correcta en este caso la VIA DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, con arreglo a lo dispuesto por el Art. 24° numeral 2) del Decreto Legislativo N°1067 del 28 de junio de 2008 que modifica a lo dispuesto por la Ley N°27584 que regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Asimismo, la pretensión está acorde a lo que establece la norma, en tanto el demandante solicitó la NULIDAD TOTAL de la Resolución de alcaldía N°07 – 2011 de 03-01-2011 y se reconocimiento de validez y vigencia de la resolución de alcaldía N°325-2010-MPB/A de fecha 14 de diciembre del 2010, con la cual se le RECONOCIÓ como SERVIDOR PUBLICO PERMANENTE, en la Municipalidad Provincial de Bolognesi y de manera accesoria el restablecimiento del derecho a seguir trabajando en la entidad demandando, manteniendo, su CONDICION de OPERADOR DE MAQUINARIA PESADA, disponiéndose implementar los derechos y beneficios del servicio público permanente.

B. Determinar si la contestación de la demanda cumple con los requisitos y contenido señalados por la ley.

De la lectura de la contestación se observa que no cumple con lo exigido con el numeral 4 del artículo 442, pues no expone su defensa en forma precisa, ordenada y clara.

Del mismo modo, plantea excepción por falta de agotamiento de la vía administrativa, el cual deviene en infundado a razón del agravio señalado, en el inciso 218.2, numeral d) del artículo 218 de la ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General, dispone que el acto que

declara de oficio la nulidad, son actos que agotan la vía administrativa. En ese sentido, habiéndose agotado la vía administrativa, solo queda interponer demanda ante el poder judicial, en la vía contencioso administrativa.

C. Determinar si existe una relación procesal válida.

Para establecer la existencia de una relación procesal válida es necesario revisar los elementos que la conforman, básicamente los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

Elementos que son encontrados en este proceso, por lo que se puede decir que existe una relación procesal válida.

D. Establecer si los medios probatorios fueron ofrecidos en la oportunidad señalada por la ley.

El artículo 189 del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, en el caso materia de análisis el demandante presentó los medios de prueba tanto en la postulación de la demanda como en el trascurso de proceso. Por lo que no hay discusión en este aspecto.

3.3. PROBLEMA PRINCIPAL:

A. Determinar si el proceso fue llevado a cabo dentro de las garantías del debido proceso.

Se tiene por debido proceso, al principio constitucional que implica la correcta observancia de las normas jurídicas, de los principios y de las garantías que regulan el proceso.

En este caso, aunque se dieron algunas deficiencias, éstas no afectaron la realización de un debido proceso, pues se dio el derecho a la defensa, el proceso fue conocido por un juez competente, las resoluciones fueron motivadas y se cumplió con el principio de pluralidad de instancias.

IV. JURISPRUDENCIA

- **CASACION N° 2266-2004 - PUNO⁶¹**: “Para ser legítima la anulación de Oficio, la autoridad debe iniciar un procedimiento de oficio, según los términos del art. 104° de la Ley N° 27444, para recién declarar la nulidad del acto. Que, este procedimiento dentro del marco de los principios del debido procedimiento y participación contemplados en los incisos uno punto dos y uno punto doce del numeral uno del artículo cuarto de la Ley de Procedimientos Administrativos General, tiene por finalidad no solo poner en conocimiento del administrado el inicio de este procedimiento de oficio, sino esencialmente de otorgarle la posibilidad de poder expresar sus argumentos o aportar pruebas que corrobore la legalidad y legitimidad del acto administrativo que constituye su objeto y su plena adecuación y proporción con el respeto del interés público, lo cual responde sin duda a la vocación de asegurar el pleno e irrestricto ejercicio del derecho constitucional de defensa ”.

- **Expediente N° 1994-2002-AA/TC⁶²**: “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 este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo. Es aplicable el principio de primacía de la realidad, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo

⁶¹ Casación N° 2266-2004-PUNO -Fundamento Tercero

⁶² Expediente N° 1994-2002-AA/TC – Fundamento Tercero y Cuarto

primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos, se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada, por tanto las labores que realizaban eran de naturaleza permanente y no eventual”.

- **EXPEDIENTE N° 2371-2004-AA/TC⁶³**: “Aplicación del principio de primacía de la realidad a una trabajadora contratada bajo la modalidad de locación de servicios que realizaba de hecho prestaciones propias de un contrato de trabajo. Consideración de la extinción inmotivada de la relación como un acto lesivo de derechos fundamentales. En el presente caso es de aplicación el principio laboral de primacía de la realidad, pues si bien la recurrente fue contratada bajo la modalidad de locación de servicios, de hecho realizaba prestaciones propias de un contrato de trabajo, de modo que la demandante solo podía ser despedida por falta grave o por causa relacionada con su conducta o capacidad, previo cumplimiento de los procedimientos y garantías establecidas por Ley”.

- **EXPEDIENTE N° 0023-2005-PI/TC⁶⁴**: “El debido proceso presenta dos expresiones: una formal y otra sustantiva. La expresión formal comprende los principios y reglas relacionados con las formalidades aplicables a todo proceso judicial, tales como el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación. En cambio, la expresión sustantiva está relacionada con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe cumplir”.

⁶³ Expediente N° 2371-2004-AA/TC – Fundamento Quinto y Sexto

⁶⁴ Expediente N° 0023-2005-PI/TC -Fundamento cuarenta y ocho

- **EXPEDIENTE N° 8495-2006-PA/TC⁶⁵**: “El fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que, si ésta resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional”.

- **EXPEDIENTE N° 05658-2006-PA/TC⁶⁶**: “... Este Colegiado considera que, en este caso, solo mediante la notificación de la resolución administrativa el actor podía tomar conocimiento exacto de la motivación que tuvo la Administración para declarar la caducidad de su afiliación, y de este modo ejercer su derecho de defensa; y si bien Essalud emitió la resolución administrativa de baja, ésta fue extemporánea, lo que vulneró el derecho al debido procedimiento administrativo del recurrente, dado que se le privó de defender adecuada y oportunamente su derecho a la seguridad social”.

- **EXPEDIENTE N° 3741-2004-AA/TC⁶⁷**: “El derecho a la defensa garantiza que toda persona sometida a un procedimiento administrativo tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de sus derechos e intereses. En tal sentido, se vulneraría el derecho a la defensa cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales necesarios para su defensa o cuando se establecen condiciones para la presentación de los argumentos de defensa (descargo o contradicción)”.

⁶⁵ Expediente N° 8495-2006-PA/TC – Fundamento treinta y tres

⁶⁶ Expediente N° 5658-2006-PA/TC – Fundamento veinticuatro

⁶⁷ Expediente N° 3741-2004-AA/TC – Fundamento veinticuatro al veintiséis

V. CONCLUSIONES:

- El derecho al trabajo se encuentra reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Al respecto se estima que el contenido esencial del referido derecho constitucional 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.
- Del análisis del presente caso, se puede decir que, ha sido tramitada conforme a su naturaleza, asimismo cumpliendo con los requisitos de procedibilidad y el agotamiento de la vía administrativa, para su respectiva admisión.
- Con respecto a la sentencia de primera instancia, carece de motivación para declararla infundada, argumentando su decisión en que el trabajo desplegado por el demandante no tiene naturaleza de Permanente, como lo exige el artículo primero de la ley N° 24041, en tanto refiere que el demandado no cumple con la labor de continuidad laboral ininterrumpida, ya que refiere que si bien es cierto existen certificados de trabajo, con la cual se acreditaría las fechas en la que el demandante laboró para la entidad demandada, ello solo hace concluir que tales trabajos encomendados tuvieron la condición de eventuales, por lo que se aduce que no existe certeza de si las labores del demandante fueron permanentes y continuas, basándose solamente en el Informe N° 058-2010-MPB/UTR; vulnerando de esa manera sus derechos reconocidos en el decreto legislativo N° 276, y la Constitución. Por otra parte, en la sentencia de primera instancia no se ha pronunciado de manera responsable a decir si la Resolución de Alcaldía N° 07-2011-MPB/A, se encuentra incurso en vicios de nulidad, al no advertir que en instancia administrativa, no se llevó a cabo un correcto procedimiento administrativo, vulnerando el derecho a la defensa del demandante por lo que deviene que no se ha analizado adecuadamente el presente proceso.

- Comparto la decisión de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash, por las siguientes consideraciones: **a)** La Sala Civil llega a la conclusión que se encuentra acreditada la existencia de una relación permanente por más de un año entre el empleador Municipalidad Provincial de Bolognesi y el trabajador Esteban Paulino Allauca Antahurco, lo cual está acreditado con los certificados de trabajo, en la cual se advierte que el demandante ha trabajado durante el periodo comprendido entre el uno de enero de dos mil tres hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil seis, luego continuó desde el uno de febrero de dos mil siete hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil diez. Es más con dicho medio probatorio ha quedado desvirtuada la afirmación de la demandada que ha manifestado que el demandante como operador de maquinaria pesada solo ha sido contratado como trabajador eventual, por locación de servicios y posteriormente en obras, sin embargo no ha podido desvirtuar porque motivo aparece los certificados de trabajo en la cual señala el tiempo en la que laboró el demandante, sin haberse dejado constancia firmada por la demandada, por lo que se debe tener por cierto lo afirmado por el demandante. **b)** Asimismo en la referida sentencia, la Sala Civil advierte que la Resolución de Alcaldía N° 07-2001-MPB/A se encuentra incurso en vicio de nulidad previsto en el inciso 1 del artículo 10 de la Ley N° 27444, en razón que la referida resolución de alcaldía ha sido emitida solamente en base al informe Legal N° 002-2010-MPB/JCÑR/ALE, por el cual se opina declarar la nulidad de oficio de la Resolución de Alcaldía N° 352-2010-MPB/A, sin que exista una resolución autoritativa del Alcalde de dicha municipalidad de dar inicio a la nulidad de oficio, con el objeto de notificarse al demandante a fin de que haga uso de su derecho a la defensa. **c)** En cuanto a la pretensión de reconocimiento de validez y vigencia de la Resolución de Alcaldía N° 325-2010-MPB/A, comparto la decisión adoptada el Colegiado de la Sala Civil en el sentido que no comparte con la parte

resolutiva contenida en el artículo primero de la Resolución antes mencionada, cuando se dispone reconocer como servidor público permanente al demandante en la Municipalidad Provincial de Bolognesi, ya que con ello se le estaría convirtiendo indirectamente como trabajador permanente, cuando ello solamente es posible mediante concurso público, lo que no ha ocurrido en el presente caso, por lo que debe entenderse que la condición de permanente del demandante, debe ser entendido en el sentido de que el servidor viene realizando labores de naturaleza permanente por más de un año de servicios y como tal no puede ser cesado ni destituido, sino por las causales y con sujeción a un debido procedimiento administrativo establecido en el Decreto Legislativo N° 276. d) Finalmente también comparto la decisión adoptada al momento de resolver la Excepción de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa, ya que se resolvió conforme a ley y de manera acertada.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General N° 27444.
- Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo N° 27584.
- Texto Único Ordenado De La Ley Que Regula El Proceso Contencioso Administrativo-Decreto Supremo N.º 013-2008-JUS
- Código Civil – Jurista Editores – Edición 2015.
- Código Procesal Civil, Jurista Editores – Edición 2015.
- Ley Orgánica de Municipalidades Ley N° 27972.
- Causas de Extinción del Contrato de Trabajo, Colegio de Abogados de Lima Este. Disponible en: <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex.pdf> (visitado el 28.02.18)
- Constitución Política del Perú de 1993, Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf> (visitado el 28.02.18).
- Ley No.27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (09.01.02).
- Guía sobre la aplicación del Principio-Derecho del Debido Proceso en los procedimientos administrativos, Primera edición: Agosto de 2013.
- NAVA GUIBERT, Luis. El Despido Arbitrario. Efectos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional. García Calderón Industrias Gráficas S.A.C., Lima, 2004, pág. 112
- NORMAS LEGALES. «Guía Práctica de Impugnación Judicial de Acciones Administrativas». Lima: Gaceta Jurídica, 2009, P. 34.
- MORALES, Jessica. Disponible en: <http://larepublica.pe/economia/889715-conoces-cuantos-tipos-de-contrato-laboral-hay-en-el-peru>
- PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Los Principios del Derecho del Trabajo. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 154.

- PÉREZ REY, Joaquín. Estabilidad en el Empleo. Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 22.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Instituciones del Derecho Laboral. 2da. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pág. 501.
- VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “PROEM”. En: Revista Coyuntura Laboral N° 09. DESCO. Lima, 1996, pág. 9.
- PRIORI POSADA, Giovanni. Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo. 4ta Ed, Ara, Lima, 2009, pág. 89-91.
- NORMAS LEGALES. «Guía Práctica de Impugnación Judicial de Acciones Administrativas». Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 34.
- CARRIÓN LUGO, Jorge, “Análisis del Código Procesal Civil ”, Tomo I, 1994, Pág. 343 344.