

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



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

AUTOR:

BR. CARLA MILAGROS RODRÍGUEZ PÉREZ

ASESOR:

JULIO CESAR PALA GARCÍA

HUARAZ, PERÚ

2021





FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
SECCION DE GRADOS Y TITULOS



ACTA DE SUSTENTACION PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

TOMO I - FOLIO 014 - AÑO 2022 - FDCCPP

MODALIDAD: EXPEDIENTES JUDICIALES

En la ciudad de Huaraz, siendo las catorce horas del día martes dieciséis de agosto del dos mil veintidós. Se reunieron en la Sala de Audiencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas el Jurado Calificador, integrado por los siguientes docentes:

Dr. ELMER ROBLES BLACIDO	:	PRESIDENTE
Mag. GINA HAYDEE GONZALES LUNA	:	SECRETARIA
Mag. JULIO CESAR PALA GARCIA	:	VOCAL

Con el objeto de examinar, la **Sustentación de los Expedientes Judiciales:**
Expediente Civil N° 2011-129-PCA-CEJ-Y - Materia: Proceso Contencioso, y **Expediente Penal N° 01037-2013-35-0201-JR-PE-02 - Delito:** Robo Agravado; de la bachiller **RODRIGUEZ PEREZ CARLA MILAGROS**, para OPTAR el Título Profesional de Abogado.

Acto seguido, la bachiller fue llamada por su nombre e invitada a ocupar el podio a efectos de su exposición, luego de lo cual, fue examinada en relación a los expedientes judiciales sustentados. Culminado el acto, el Presidente invitó a los asistentes a retirarse para la deliberación. Obteniéndose la siguiente calificación:

PROMEDIO : 14
RESULTADO : APROBADA

En mérito de lo cual, el **Jurado Calificador la Declara:** APTA, para que se le otorgue el Título Profesional de Abogado. Con lo que concluye el Acto, siendo las 3:30 pm horas del mismo día. Firman por cuadruplicado los Miembros del Jurado en señal de conformidad.


Dr. ELMER ROBLES BLACIDO
PRESIDENTE


Mag. GINA HAYDEE GONZALES LUNA
SECRETARIA


Mag. JULIO CESAR PALA GARCIA
VOCAL

ÍNDICE

RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
I RESUMEN DEL EXPEDIENTE PENAL	1
1.1 Etapas procesales	1
1.1.1 Etapa de investigación preparatoria	1
1.1.1.1 Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria	1
1.1.1.2 disposición de conclusión de investigación preparatoria.....	6
1.1.1.3 Requerimiento de prisión preventiva	7
1.1.1.4 Acta de audiencia de prisión preventiva	9
1.1.1.5 Recurso de apelación.....	11
1.1.1.6 Auto que concede recurso de apelación	14
1.1.1.7 Resolución de vista de la causa.....	14
1.1.2 Etapa de juzgamiento	16
1.1.2.1 Acusación fiscal	16
1.1.2.2 Sobreseimiento planteado por la defensa técnica del imputado.....	18
1.1.2.3 Recurso de apelación de sobreseimiento.....	22
1.1.3 Auto de enjuiciamiento	23
1.1.3.1 Sentencia	23
1.1.3.2 Recurso de apelación.....	42
1.1.3.3 Resolución que concede recurso de apelación	50
1.1.3.4 Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones del Nuevo Código Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash	50
II MARCO TEÓRICO	63
2.1 Consideraciones generales del delito de robo agravado	63
2.1.1 Generalidades	63
2.1.2 Antecedentes históricos.....	63
2.1.3 Naturaleza del delito de robo	64
2.1.4 Valor del bien objeto de robo.....	65
2.1.5 Concepto de robo	66
2.1.6 Clasificación del robo	66

2.1.6.1 Robo agravado	66
2.1.6.2 Bien jurídico protegido	69
2.1.6.3 Sujetos de la conducta típica	70
2.1.6.4 Tipicidad objetiva.....	70
2.1.6.5 Tipicidad subjetiva	72
2.1.6.6 La consumación del delito de robo	73
2.1.6.7 La descripción legal	74
2.1.6.8 La penalidad	75
2.2 Elementos del delito.....	76
2.3 Autoría y participación.....	79
2.4 Proceso penal	83
2.5 La sentencia.....	86
2.6 La prisión preventiva.....	88
2.6.1 Antecedentes generales	88
2.6.2 Concepto	89
2.7 El recurso de apelación	101
III IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DE LOS PROBLEMAS PRESENTADOS	103
3.1 Problemas de fondo.....	103
3.1.1 Problemas accesorios	103
3.1.2 Problema principal	108
3.2 Problemas de forma.....	108
3.2.1 Problemas accesorios	108
3.2.2 Problema principal	111
IV JURISPRUDENCIA VINCULANTE AL TEMA	112
V CONCLUSIONES	116
VI REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	119

RESUMEN

El delito contra el patrimonio, en su modalidad de robo agravado, es el tema del que trata el presente informe, el cual se encuentra tipificado en el artículo 188 (tipo base), con las agravantes previstas en el inciso 4 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal. Dicho ilícito penal es considerado como un delito que atenta contra el bien mueble, amparado en el ordenamiento jurídico, y se enfoca en el medio que emplea el agente, con la violencia y/o la amenaza de peligro inminente para la vida e integridad del sujeto, para apoderarse del bien mueble. Se trata de uno de los delitos que se cometen con mayor frecuencia en el Perú y su tendencia va en aumento, según estadísticas del Observatorio de Criminalidad del Ministerio Público. En el presente caso, se solicitó la prisión preventiva, la cual se declaró infundada. Una vez efectuado el control de acusación, el investigado realiza las observaciones formales y sustanciales a la acusación, siendo declarado infundado el requerimiento de sobreseimiento, resolución con la que no estuvo conforme la defensa técnica del imputado, por lo que apeló y, como respuesta, se declaró infundada la apelación. Además, existen dos sentencias contradictorias, siendo criterio del juez de primera instancia a través de la actividad probatoria, con las que no se logra acreditar fehacientemente la responsabilidad penal del acusado, por ende, se emite sentencia condenatoria, pero, al evaluar los medios de probatorios, el Colegiado Superior sostiene que no se ha llegado a demostrar plenamente el actuar, por lo que se revoca la sentencia recurrida y, reformándola, se absuelve de la acusación fiscal al investigado.

Palabras clave: Delito de robo agravado, prisión preventiva y medios de prueba.

ABSTRACT

The crime Against property in its Aggravated Robbery modality is the subject that we will deal with in this report, which is typified in article 188 (Base Type), with the aggravating circumstances provided for in subsection 4 of the first paragraph of article 189 ° of the Penal Code, said criminal offense is considered a crime that threatens personal property, protected by the legal system, and focuses on the means used by the agent, with violence and/or the threat of imminent danger to the life and integrity of the subject, to seize the movable property. Likewise, it is one of the crimes that is committed most frequently in Peru and its trend is increasing, according to statistics from the Crime Observatory of the Public Ministry. In the present case, preventive detention was requested, it was declared unfounded. Once the accusation control has been carried out, the person under investigation makes the formal and substantial observations on the accusation, the request for dismissal being declared unfounded, a situation to which the technical defense of the accused did not agree and appeals, with the response declaring the appeal unfounded. In addition to this we have that, there are two contradictory sentences, being the judgment of the judge of first instance, through the evidentiary activity, it is not possible to reliably prove the criminal responsibility of the accused, therefore, he issues a conviction; but for the Superior Collegiate, when evaluating the means of evidence, it maintains that the action has not been fully demonstrated, for which it revokes the appealed sentence and reforms it. It acquits the investigated party of the fiscal accusation.

Keywords: Crime of Aggravated Robbery, preventive detention and means of proof.

DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE PENAL

EXPEDIENTE N° : 01037-2013-35-0201-JR-PE-02

AGRAVIADOS : TINOCO GUERRERO REYNALDO JORGE

ACUSADOS : QUITO ASTOCONDOR JORGE MANUEL

MATERIA : DELITO DE ROBO GRAVADO

JUZGADO : JUZGADO PENAL COLEGIADO

2021

I RESUMEN DEL EXPEDIENTE PENAL

1.1 Etapas procesales

1.1.1 Etapa de investigación preparatoria

1.1.1.1 Disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria

Que la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, mediante Disposición N° 01 de fecha veintisiete de octubre de dos mil trece, dispone formalizar la investigación preparatoria contra Jorge Manuel Quito Astocondor, por la presunta comisión del delito contra el patrimonio en su modalidad de hurto agravado, previsto en el numeral 5) del artículo 186, conforme a la modificatoria mediante Ley N° 30076, teniendo como tipo base el artículo 185 de la misma norma acotada, en agravio de Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero, considerando lo siguiente:

A. HECHOS INCRIMINADOS

De la noticia criminal puesta en conocimiento de esta Fiscalía, se tiene que el día 26 de octubre de 2013, a las 18:35 horas aproximadamente, en circunstancias que el agraviado Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero se dirigía por la av. Raimondi (frente del mercado central) para realizar compras, un sujeto desconocido de sexo masculino se interpuso en su delante impidiendo el pase, para que otro sujeto introdujera la mano en el bolsillo de su pantalón izquierdo, sustrayéndole la billetera conteniendo en el interior la suma aproximada de S/. 267.00 nuevos soles y el DNI; dinero que obtuvo por realizar trabajo de labrado en la propiedad de Teodulo Oriol Terres Ocaña; al reaccionar el agraviado fue a perseguirlo corriendo por lo menos una cuadra, atrapándolo por el Jr. Caraz

con el apoyo de las personas que transitaban por la calle, donde le quita la chompa que tenía puesta y el chaleco de color blanco que tenía en la mano, dichas prendas han sido utilizadas por el imputado para confundir al agraviado, puesto que en primer lugar tenía puesto el chaleco, luego se cambia y se coloca la chompa de color café; sin embargo, el agraviado no lo perdió de vista, pese a ello, lo logra alcanzar y con la finalidad de recuperar su dinero que le había sustraído le quita dichas prendas, siendo en este momento que al querer zafarse el imputado Jorge Manuel Quito Astocondor, le propina golpes y le ocasiona un arañón en la mano izquierda, a consecuencia de ello, logra zafarse y seguir huyendo, por lo que es intervenido más arriba por la SO3 Rosmery S. Garcia Rios, quien al tratar de reducirlo no lo logra, puesto que el imputado emplea la fuerza y desequilibra a la miembro policial, logrando zafarse y continúa, más la SO3 recobra la persecución y con ayuda de unos colegas que se encontraban de civil y personas que transitaban por el lugar incluido el agraviado logra reducirlo e intervenirlo.

B. TIPIFICACIÓN PENAL

Subsumiendo el hecho suscitado a los alcances de la norma penal, se encuadra al delito contra el patrimonio, en la modalidad de hurto agravado, numeral 5) del artículo 186 del Código Penal, conforme a la modificatoria mediante Ley N° 30076, teniendo como tipo base el artículo 185 de la misma norma acotada; que sanciona el delito con pena privativa de libertad no menor de 03 ni mayor de 06 años.

C. ELEMENTOS DE CONVICCIÓN

Durante la investigación preliminar se han recabado los siguientes elementos de convicción:

- Acta de Intervención Policial, de fecha veintiséis de octubre de dos mil trece, suscrito por la SO3 Rosmery Garcia Rios, que obra a fojas 02.
- Acta de Registro Personal, de fecha veintiséis de octubre.
- Declaración del agraviado Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero.
- Declaración del imputado Jorge Manuel Quito Astocondor, (ejerce su derecho a guardar silencio).
- Notificación de Detención, al imputado Jorge Manuel Quito Astocondor, el cual se niega a firmar.
- Certificado Médico Legal N° 007114-L, de fecha veintiséis de octubre al agraviado Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero, el cual se verifica que presenta Lesiones ocasionadas por agente de superficie áspera, otorgándole 01 día Incapacidad Médico Legal.
- Certificado Médico Legal N° 007115-LD-D, de fecha veintiséis de octubre, practicado al imputado Jorge Manuel Quito Astocondor, el cual se verifica que no presenta lesiones traumáticas recientes.
- Acta de Recepción de Prenda de Vestir, de fecha veintiséis de octubre, en el cual se detalla la prenda que tenía puesto el imputado Jorge Manuel Quito Astocondor, el día que cometió el ilícito penal.
- Recibo de Pago, de fecha veintiséis de octubre, acredita que recibió de la persona de Teodulo Oriol Terres Ocaña, la cantidad de S/. 240,00 nuevos soles, por concepto de labrado de madera.

- Declaración Jurada, de fecha veintiséis de octubre Teodulo Oriol Terres Ocaña, quien declara bajo juramento que el agraviado Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero, está trabajando en la construcción de su casa desde la última semana del mes de septiembre hasta la actualidad.
- Reporte de casos del imputado Jorge Manuel Quito Astocondor, recabado el veintiséis de octubre, en el cual se aprecia que cuenta con varias investigaciones por afectar el bien patrimonial en los años 2000- Caso N° 13050100601-2000-22-1 —delito de hurto agravado—, que se encuentra con dictamen, en el año 2003 -Caso N° 1306010603-2003-432-0- robo agravado con crueldad, el cual se encuentra con dictamen, en el año 2005, se tiene el caso N° 1306010603-2005-73-0- Delito hurto agravado- casa habitación, el año 2006, se tiene el caso N° 183-2006, por homicidio, en el año 2009, se tiene el caso N° 601-2009, por el delito de hurto agravado en casa habitación, en el año 2013, se tiene el caso N° 44-2013- robo agravado con crueldad.
- Declaración de Garcia Rios Rosmery Silvana, de fecha veintisiete de octubre, en calidad de testigo, quien manifiesta como intervino al imputado que incluso presto resistencia.

D. GRADO DE PARTICIPACIÓN

Con relación al imputado Jorge Manuel Quito Astocondor, existen elementos de convicción suficientes que acreditan su participación directa con los hechos materia de investigación en calidad de autor del delito de hurto agravado.

Como correlato de lo expuesto en los párrafos precedentes, se colige de las diligencias preliminares que:

- Aparecen indicios reveladores de la existencia del delito de hurto agravado.
- La acción penal no ha prescrito, conforme a las reglas de prescripción ordinaria y extraordinaria prevista en el primer párrafo del artículo 80° y último párrafo del artículo 83 del Código Penal, ello teniendo en consideración que la ejecución de los hechos tuvo lugar el 26 de octubre de 2013 y que el mínimo de la pena conminada para el referido delito es de 03 años de pena privativa de la libertad.
- Se ha individualizado al imputado Jorge Manuel Quito Astocondor.
- Existe requisito de procedibilidad alguno que satisfacer, en el cual ha acreditado la preexistencia y valorización del bien hurtado, objeto de delito.
- Agotadas las investigaciones preliminares, el caso concreto reúne los presupuestos que exige la investigación preparatoria conforme lo previsto por el artículo 336 del Código Procesal Penal, no obstante, faltan realizarse diligencias importantes para reunir los medios probatorios que coadyuven a identificar los partícipes del evento delictivo; por lo que, debe disponer la formalización y continuación de investigación preparatoria.

E. DISPOSICIÓN

PRIMERO: Formalizar y continuar la investigación preparatoria contra Jorge Manuel Quito Astocondor en calidad de autor del delito contra la propiedad – hurto agravado, en agravio de Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero, por el plazo

máximo de ciento veinte días; en consecuencia, realícese los actos de investigación.

SEGUNDO: Poner en conocimiento del señor juez de la investigación preparatoria de turno, la formalización y continuación de investigación preparatoria.

TERCERO: Requiérase al señor juez de investigación preparatoria dicte la medida coercitiva de prisión preventiva contra el imputado Jorge Manuel Quito Astocondor.

CUARTO: Notificar la presente disposición a las partes procesales, con arreglo a ley.

OTROSÍ DIGO: Se hace de conocimiento que el imputado Jorge Manuel Quito Astocondor refiere que domicilia en Pasaje Las Margaritas MZ. 34 (Referencia: Chocho Castro Nicrupampa), teniendo como abogada defensora Lisbeth Carol Melgarejo Salas, con registro del CAA N° 2489, señalando domicilio procesal Jr. San Martín N° 943 y el agraviado Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero ha señalado domicilio real en Centro Poblado de Atipayan S/N -Independencia.

1.1.1.2 Disposición de conclusión de investigación preparatoria

Disposición N° 01 de 06 abril del año 2014, el Ministerio Público da por concluida la investigación preparatoria, esto en razón que se ha cumplido con el objeto de la investigación, sin que existan más diligencias por actuarse.

1.1.1.3 Requerimiento de prisión preventiva

Que, mediante requerimiento fiscal 01, el fiscal provincial penal de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz solicita mandato de prisión preventiva por el plazo de cuatro meses contra Jorge Manuel Quito Astocondor por la presunta comisión del delito, fundamentándose en los siguientes:

- A. Hechos incriminados
- B. Presupuestos materiales de la prisión preventiva
 - a. Sanción a imponerse superior a cuatro años de pena privativa de libertad, pena es no menor de tres años ni mayor de seis años; sin embargo, estando a los actuados preliminares no sería de aplicación atenuante alguna prevista en el inciso 1) del artículo 46 del Código Penal modificada por el Ley N° 30076, tampoco se podría aplicar la responsabilidad restringida por la edad, puesto que el imputado tiene 36 años de edad. Asimismo, el *a quo* al momento de determinar la pena, conforme al artículo 45° de la norma adjetiva antes indicada, modificado por la Ley N° 30076, en su inciso 3) prescribe: “Los intereses de la víctima, la familia o de las personas que ella depende”.
 - b. Imputado a razón de sus antecedentes y otras circunstancias en caso particular permita colegir razonablemente que tratara eludir la acción de la justicia u obstaculizar la verdad. El imputado conforme al registro extraído en el SGF del Ministerio Público donde se observa que tiene nueve (09) procesos, si bien unos con dictamen y otros en estado de investigación, nos hace ver que todos han sido

delito contra el patrimonio, uno por robo agravado con crueldad y otros por hurto agravado, siendo así, lo hace proclive a permanecer oculto, se debe tener en cuenta: Que el imputado Jorge Manuel Quito Astocondor tratará de eludir la acción de la justicia, consistente en el peligro de fuga, se tiene en cuenta el imputado no ha acreditado tener arraigo domiciliario en el País, tiene un domicilio asignado conforme al acta de constatación, este predio pertenece a la persona de Aleja Teodosia Torre Huaman, por lo tanto, al no ser ésta su propiedad es fácil que la abandone. Respecto al arraigo familiar tampoco existe instrumental alguna que tenga familia, puesto conforme al acta de constatación efectuada el 27 de octubre en el domicilio sito Pasaje Las Margaritas Mz. 34 LT. 14, se ha podido observar en el área que es ocupada por el imputado existe solo una cama de plaza y media, por lo tanto, hace inferir que no tendría familia. En cuanto al arraigo laboral el imputado ha determinado en su declaración, ocupación de obrero en construcción civil y no determina la empresa, por lo tanto, no tendría arraigo laboral; en consecuencia, existen elementos razonables que afianzan el peligro de fuga, se tiene que este es proclive al delito.

- c. Conforme a lo establecido en el artículo 270 inciso 2) del C.P.P, prescribe el peligro de obstaculización: “consistente en el riesgo razonable de que el imputado pueda influenciar en el agraviado y

testigos para que informen o declaren falsamente o se comporten de manera desleal”.

C. Fundamentos de derecho

- a. Amparo el presente requerimiento fiscal en lo dispuesto en los artículos 268, 269, 270 y 271 del Código Procesal Penal. “La prisión preventiva o detención judicial es una medida cautelar jurisdiccional consistente en la privación de la libertad del imputado, mediante su ingreso a un centro penitenciario por un tiempo máximo establecido por la ley con diferente grado de previsión, impuesta durante la sustanciación de un proceso penal que tiene como función asegurar la efectividad de la ejecución y; también, la presencia del imputado durante el proceso”.

1.1.1.4 Acta de audiencia de prisión preventiva

Que, mediante Resolución N° 02 de fecha 29 de octubre del 2013, se llevó a cabo la audiencia de prisión preventiva, en la cual se resolvió declararse infundado el pedido de prisión preventiva; en consecuencia, se dicta la medida coercitiva de comparecencia restringida, que tiene una pena no menor de tres años ni mayor de seis años, por los siguientes fundamentos:

- Primero: en el acto de la audiencia de prisión preventiva, el representante del Ministerio Público ha procedido a sustentar su pedido de prisión preventiva indicando como los hechos incriminados.
- Segundo: Para la imposición de la prisión preventiva es necesario la existencia de tres presupuestos de manera concurrente, conforme lo establece el artículo 268 del Código Procesal Penal, los cuales son los

siguientes: i) la existencia de fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vinculen a imputado como autor o participe en un evento delictivo, ii) Que, la pena a imponerse sea superior a cuatro años de privación de libertad; iii) Que, exista peligro de fuga u obstaculización de averiguación de la verdad.

- Tercero: Respecto al segundo presupuesto establecido en el artículo 268 del Código Procesal Penal, que la sanción a imponérsele sea superior a los cuatro años de pena privativa de la libertad, sin embargo tenemos en cuenta los antecedentes y circunstancias del caso particular que permita colegir razonablemente que el procesado eludirá la acción de la justicia, en el reporte de caso según persona natural que el procesado tiene varios procesos investigados, que a la fecha no tienen una resolución judicial firme, donde pueda indicar si es reincidente o habitual, en la comisión de ilícitos penales, teniendo en cuenta el Código Procesal Penal en el Título Preliminar en el artículo 2 en lo que se refiere a la presunción de inocencia indica que: “Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerado inocente y debe de ser tratada como tal mientras no se demuestre lo contrario, y se haya declarado su responsabilidad, mediante sentencia firme debidamente motivada, para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria, de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales”, en conclusión mientras no se haya demostrado con una sentencia firme debidamente motivada, en donde se acredite la responsabilidad, no se da el presupuesto en cuanto al peligro procesal, de que eluda a la acción de la justicia, de tal manera que este Despacho

concluye que no concurren los tres presupuestos del artículo 268 del Código Procesal Penal, para dictar una medida de prisión preventiva al imputado; alcanzó a través de su defensa la declaración jurada de su domicilio en calle las Margaritas Mz. 34 Lote 14 del barrio de Nicrupampa del distrito de Independencia, provincia de Huaraz, departamento de Ancash; además, un certificado de trabajo de la Empresa CORS SAC, en la obra construcción de una Posta Médica Tinyash; asimismo, ha alcanzado una partida de matrimonio y los DNIs de sus tres menores hijos.

- Quinto: Estando a los considerandos antes expuestos, respecto al imputado Jorge Manuel Quito Astocondor, se concluye que no concurren los tres presupuestos del artículo 268 del Código Procesal Penal.

1.1.1.5 Recurso de apelación

Que, mediante Escrito N° 02 de fecha 04 de noviembre del año 2013, la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, presenta recurso de apelación ante el juez el juzgado de investigación preparatoria de la provincia de Huaraz, Ancash.

- FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Error *in procedendo* del juez.

Que el juez no ha valorado el Oficio Nro. 4362-2013-R.D.JC.SJAN/PJ, mediante el cual se nos informa de los antecedentes penales de Quito Astocondor Jorge Manuel, y en él se observa que registra antecedentes penales en cuatro procesos; Expediente Nro. 99-0104 por el delito de hurto agravado con fecha 17-12-1999 ante el 2° Juzgado Penal de Huaraz, Distrito

Judicial de Ancash; Expediente Nro. 458-07 por el delito de coacción con fecha 14-10-2008 ante el 4a Juzgado Penal de Huaraz- Distrito Judicial de Ancash; Expediente Nro. 357-2005 por el delito de hurto agravado con fecha 11-12-2008 ante el 3er Juzgado Penal de Huaraz-Distrito Judicial de Ancash; Expediente Nro. 2706-09 por el delito de hurto agravado de fecha 21-12-2010 ante el 2do Juzgado Penal Transitorio de Huaraz Distrito Judicial de Ancash. Documento que no ha sido ofrecido en audiencia debido a que la Corte Superior no trabaja el domingo día en que se solicitó la prisión preventiva y con el cual se demuestra los antecedentes penales que tiene el imputado, si bien el *a quo* establece que solo las sentencias determinarían los antecedentes, dicha instrumental no se nos otorga en forma inmediata sino al tercer día de solicitada, siendo así y bajo ese criterio no se podría solicitar prisión preventiva contra reincidentes o habituales los fines de semana puesto que la corte no atiende, por lo que considero que solo basta demostrar que tiene antecedentes penales con instrumental otorgada por la institución respectiva que en este caso es la Corte Superior de Justicia y no acreditar con sentencia, vulnerando de esta manera las siguientes normas: • Vulnere el artículo 184 inciso I del Código Procesal Penal concordante con el artículo 185 de la misma norma adjetiva, puesto que el Oficio Nro. 4362-2013-R.D.J-C.SJAN/PJ es un documento que sirve como medio de prueba de los antecedentes penales de Quito Astocondor Jorge Manuel, y debió ser valorado al momento de emitir la resolución que declara infundada la petición de prisión preventiva hecho como se puede observar el *a quo* no ha efectuado, simplemente lo ha ignorado a pesar que dicho elemento tiene

eficacia probatoria, sobre los antecedentes del imputado y hacen proveer que la pena a imponerse será superior a cuatro años debido a que la última pena impuesta fue dictada el 12 de diciembre del 2010 por lo tanto no han transcurrido más de cinco años del último acto delictivo (hurto agravado) ha hecho delictivo por el cual fue intervenido. Vulneró el artículo 158.1. Del Código Procesal Penal, referida a la valoración de la prueba, atendiendo que el juez ha omitido observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, al momento de elaborar el reporte de S&F reporte de persona natural, donde consta más de nueve procesos instaurados contra Quito Astocondor Jorge Manuel; CASO 2007-57-0, 2000-22-1; 2001-23-0; 2003-432-0; 2003- 432-1; 2005-73-0; 183-2006; 2009-601-0; 2013-250-0; 44-2013, por el delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto agravado, robo agravado con crueldad y homicidio, con lo que se acredita la conducta del Imputado ante la sociedad ya que este viene a ser su modus vivendi, hecho que no ha considerado el *a quo*. Vulneró el artículo 139.5 de la Constitución Política del Perú, atendiendo que la resolución impugnada contiene una motivación aparente. Por lo expuesto, podemos concluir que el juez ha realizado una manifiesta ilogicidad en la motivación del auto recurrido, por no haber valorado debidamente los elementos de convicción aportados por el fiscal; siendo así, es necesario que la Sala Penal de Apelaciones; realice un control externo de la exigencia de motivación racional de estos, a fin de controlar el sentido lógico mediante el cual el juez arribó a la decisión impugnada.

1.1.1.6 Auto que concede recurso de apelación

El segundo juzgado de investigación preparatoria de la provincia de Huaraz, concede el medio impugnatorio de apelación.

1.1.1.7 Resolución de vista de la causa

Que, mediante resolución N° once de fecha 18 de noviembre del año 2016; los miembros de la sala penal de apelaciones de Ancash declararon infundado.

Primero.- Este Colegiado, revisando el Expediente, en primer lugar, hace notar que en el expediente formado con motivo del requerimiento de prisión preventiva formulado por el Ministerio Público, no aparece la disposición de formalización de investigación preparatoria, requisito indispensable conforme se ha señalado en reiteradas oportunidades, que en el requerimiento de prisión preventiva, debe adjuntarse en primer lugar, la disposición de formalización de la investigación preparatoria, porque ella nos permite determinar cuáles son los actos de investigación que está postulando el Ministerio Público, y ello nos va a permitir determinar cuál sería el plazo de la detención preventiva; además, como ya se ha indicado, debe estar debidamente motivada y sustentada, dos términos distintos que se ha reiterado en varias ocasiones para que el Ministerio Público, al pretender que se dicte una prisión preventiva, debe cumplir.

Segundo.- Otra observación advertida es que no señala cuál es el plazo de prisión preventiva que requiere. Ante estas dos omisiones, el juez investigación preparatoria debe, expedir la resolución pertinente en el menor tiempo posible.

Tercero.- En el requerimiento, señala como fundamento de hecho: “De la noticia criminal puesta en conocimiento de esta Fiscalía, se tiene que ...”; en este tipo de requerimientos, ya tiene que sostenerse que “de acuerdo a la disposición de formalización de la investigación preparatoria, se imputa ...”, entonces se está variando el orden por parte del Ministerio Público; en primer lugar de formalizar la investigación preparatoria, están solicitando la prisión preventiva y como ya ha sucedido, hay una persona que se encuentra con prisión preventiva y no hay disposición de formalización de la investigación preparatoria.

Cuarto.- Dejamos a salvo, deslindamos la responsabilidad, porque actos de esta naturaleza generan impunidad, retardo y malestar en la colectividad; ésta última no distingue fácilmente las funciones o los roles que cumplen el Ministerio Público y el Poder Judicial; entonces, cuando venga una persona libre que ha cometido un delito, imputan que el responsable de este hecho es el Poder Judicial y no el Ministerio Público, quien está a cargo de la investigación y como tal tiene facultades para solicitar una prisión preventiva, pero cumpliendo con los requisitos y las formalidades que señala la ley.

Quinto.- En cuanto se refiere a que tiene antecedentes penales y judiciales, esa información, para los efectos de determinar o hacer una prognosis de la pena, debe contar también en su momento, y para tal efecto no es difícil hacer las coordinaciones con el encargado, porque tenemos una contestación del requerimiento donde señala que el imputado Quito Astocondor sí registra antecedentes penales en cuatro procesos, pero no indica la sentencia

que se haya emitido o el estado del proceso; no indica si ha sido o puede ser objeto de evaluación por el juez porque no precisa si está o no condenado, cuántos años de antigüedad tiene la sentencia, para determinar si corresponde ser calificado como reincidente o habitual.

Sexto.- Asimismo, como quiera que ante las oportunidades que se le ha hecho conocer al fiscal superior las omisiones en que vienen incurriendo los funcionarios de primera instancia, hemos tomado la decisión de dejar constancia de las mismas que son cometidas por los fiscales provinciales, para que el Órgano de Control de Ministerio Público adopte las decisiones pertinentes por las razones antes indicadas, ello por el descontento que genera en la colectividad, cuando las personas que han sido detenidas inclusive en flagrancia, están libres, es un hecho que no es imputable al Poder Judicial sino al Ministerio Público, quien si carece de tiempo, debe hacer valer la facultad que le concede el artículo 266 del Código Procesal Penal; exhortándole a los señores fiscales para que cumplan su labor con eficiencia y eficacia.

1.1.2 Etapa de juzgamiento

1.1.2.1 Acusación fiscal

La representante del Ministerio Público, formula requerimiento acusatorio, por lo que solicita: 1. Se le imponga al acusado trece años de pena privativa de libertad, como co-autor del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de robo agravado, con las agravantes previstas en el inciso 4 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, sujeto a las medidas de coerción. Comparecencia restringida.

Los hechos que se atribuye al acusado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores.

➤ LA PENA SOLICITADA PARA EL ACUSADO

En cuanto a la graduación de la pena o individualización judicial de la misma debe tenerse en cuenta, en principio, que, el título preliminar de nuestro ordenamiento penal enarbola un conjunto de principios garantistas consagrados entre ellos el Principio de Lesividad, por el que para la imposición de la pena, necesariamente se requiere de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la Ley; así también del Principio de Proporcionalidad, que obedece a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer, por tanto, corresponde evaluar factores tales como la gravedad del comportamiento o la percepción social relativa a la adecuación entre delito y pena, vale decir, que la pena debe estar en relación al daño causado, al bien jurídico tutelado, el grado de responsabilidad y a las circunstancias de la comisión del delito, debiendo tener ésta; función preventiva, protectora y resocializadora; consecuentemente, la graduación de la pena debe ser el resultado del análisis crítico jurídico de la prueba aportada, en razón de la naturaleza del ilícito y la responsabilidad del agente en su comisión, como de las condiciones personales y carencias sociales que tuviere. No encontrándose para el acusado ninguna circunstancia atenuante.

➤ EL MONTO DE LA REPARACIÓN CIVIL

La Que, las consecuencias jurídicas del delito no sólo son la pena o medida de seguridad sino también la reparación civil, que según la jurisprudencia nacional: “Conforme lo estipulado por el artículo 93 del Código Penal, la reparación civil comprende: a) la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y b) la indemnización de los daños y perjuicios”; siendo ello así la cuantía deberá ser razonable y prudente, debiendo en tal sentido fijarse como monto de reparación civil la suma de S/ 600.00 soles.

➤ MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL

Comparecencia restringida

1.1.2.2 Sobreseimiento planteado por la defensa técnica del imputado

A su turno, la defensa técnica del imputado en su recurso interpuesto requiere el sobreseimiento de la causa, argumentando que el hecho materia de Litis no puede ser imputado a su patrocinado, por lo que la causal de sobreseimiento sería el artículo 344.2, literal a), del Código Procesal Penal; que con los elementos de convicción que obran en autos, no hay forma de vincular con el delito de robo agravado que se investiga; señalando que los elementos de convicción con los que cuenta la representante del ministerio público, a sido realizado durante las primeras diligencias urgentes y que solo se habrían dispuesto para la investigación preparatoria recabar los antecedentes penales de su patrocinado y el informe de la SUNARP respecto a los bienes que puede tener su patrocinado, así mismo, haciendo el análisis de los elementos de convicción señala que el agraviado al prestar declaración ante la policía, ha indicado que hubo una segunda persona que impidió que pueda seguir caminando, ha precisado, que en la declaración del

agraviado, al hacerle la pregunta tres, ha manifestado que el sujeto que fue intervenido refiriéndose a su patrocinado habría metido la mano a su bolsillo y le habría sustraído la billetera y el dinero, y que, al reaccionar de inmediato, habría seguido al imputado logrando agarrarlo, luego de esto una persona lo golpeo y lo arañó para que soltara al imputado y en la pregunta cinco, señala que se le agredió físicamente, precisa que el relato que hace el agraviado la lesión o la amenaza no habría estado presente al momento de la supuesta sustracción del objeto material del delito, así mismo, ha cuestionado que no se ha identificado a la persona que según versión de la representante del ministerio público habría actuado en co autoría con su patrocinado y que solo existe en la versión del agraviado.

El Representante del Ministerio Público se opuso al pedido, señala que la defensa sustenta una versión exculpatoria del imputado, sin que haya tenido en cuenta que si existen elementos de convicción suficientes y concurrentes que acreditan la comisión del hecho delictivo; así mismo señala que se debe de tener en cuenta lo señalado en el acuerdo plenario N° 2-2005/116 emitido por la corte suprema, en el sentido de la valoración del testigo, en tanto que no se advierte que haya ausencia de incredibilidad subjetiva, puesto que agraviado e imputado no se conocían antes de los hechos y no se advierte ningún motivo para que le incrimine el hecho investigado; así como, que la versión del agraviado resulta ser verosímil y que en las declaraciones que ha prestado estas resultan siendo coherentes y persistentes, dando detalles respecto a la identificación del otro sujeto que ha actuado en coautoría con el imputado, detallando la forma en que estuvo vestido así como la contextura física, la tez trigueña, pelo lacio. Por otro lado, respecto a la violencia o amenaza, para la comisión del delito, no necesariamente deben de

presentarse ambos supuestos, sino basta uno de ellos, pero que en el caso en concreto no solo ha existido violencia sino amenaza, puesto que cuando el agraviado según su versión logro capturar con ayuda de otras personas del lugar al imputado, llevo la persona cuyas características ha dado el agraviado, quien lo amenazo para que suelte al imputado; así como, le propino una patada, además el imputado le habría entregado el bien sustraído a esta persona, violencia que corrobora con el certificado médico legal que obra en autos.

➤ CONSIDERACIONES

- El artículo 344, inc. 2 del CPP, establece las causales por las cuales se puede solicitar sobreseimiento del proceso siendo invocada por la Abogada de la defensa, que el hecho objeto de la causa no puede atribuirse al imputado, este supuesto para su procedencia requiere que la investigación haya establecido de manera incontrovertible que si existe un hecho ilícito pero que este hecho no ha sido cometido por el imputado; sin embargo, la alegación de la Abogada defensora ha estado centrada en cuestionar si está presente los elementos objetivos del tipo penal, como es si ha existido violencia o amenaza así como ha hecho una valoración de los elementos de convicción.
- Con respecto a que si se encuentran presentes los elementos de tipo penal de robo agravado, a efectos de determinar tipicidad, debemos tener en cuenta la Sentencia Plenaria N° 1-2005 /CJ-301-A, sobre el momento de la consumación en el delito de robo agravado, el fundamento jurídico 10 establece: que si perseguidos los participantes en el hecho es detenido uno

o más de ellos, pero si otro u otros logran escapar con el producto robado, el delito se consumó para todos; así mismo, este acuerdo plenario en el fundamento jurídico 10 establece que la consumación en delito contra el patrimonio hurto o robo, viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída, disponibilidad más que real y efectiva debe ser momentánea fugaz o de breve duración, por consiguiente en el caso bajo examen, si el delito estaba ejecución y en consecuencia al haber la tercera persona ejercido amenaza y violencia, conforme lo acredita el certificado médico legal y la versión del propio agraviado, se encuentra presente pues el supuesto o el elemento objetivo del tipo penal de robo agravado.

- Respecto a la existencia o no de la agravante, esto es, si existía un coautor, tenemos la declaración del agraviado, dando cuenta de las características físicas, así de la forma como iba vestido esta persona; siendo así, si bien es cierto no ha podido ser identificada, esto no significa que no haya existido otra persona: además, la declaración del agraviado, no controvertida en esos extremos por la defensa, en el sentido que ha señalado de manera persistente la sindicación y la presencia de otra persona, en coautoría con el imputado le habrían sustraído el bien objeto del delito.
- Respecto a que si existe suficientes elementos de convicción para solicitar fundadamente el enjuiciamiento, el juzgado advierte que si se encuentran presentes, y cuya valoración corresponde a la etapa de juicio oral, a este nivel de investigación preparatoria existe un grado de probabilidad, de la participación y vinculación del imputado, por el reconocimiento médico legal, el acta de recepción de prendas de vestir, la declaración de la Sub

Oficial Rosmery García Ríos, persona que intervino al imputado y por la declaración jurada presentada por Teodulio Oriol Torres Ocaña.

Por estas consideraciones se declara infundado el sobreseimiento de la causa, deducida por la defensa técnica del imputado Jorge Manuel Quito Astocondor.

1.1.2.3 Recurso de apelación de sobreseimiento

❖ RESOLUCIÓN QUE RESUELVE LA APELACIÓN DEL SOBRESEIMIENTO

La abogada defensora del acusado, ha interpuesto recurso de apelación, contra la resolución que declara infundada el pedido de sobreseimiento, en etapa intermedia al existir requerimiento acusatorio, por parte de la representante del Ministerio Público, sustentando su apelación en lo previsto en el art. 347 del inc. 3 del Código Procesal Penal.

CONSIDERACIONES

- En el caso bajo examen se advierte, que estamos en etapa intermedia conociendo un requerimiento acusatorio, es decir corresponde aplicar las normas antes referidas que el art. 352, inc. 4, establece: el sobreseimiento podrá dictarse de oficio o a pedido del encausado a su defensa, cuando concurren los requisitos establecidos en el numeral 2 del art. 344, siempre que resulten evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba, el auto de sobreseimiento observara lo dispuesto en el art. 347, la resolución desestimatoria no es impugnabile.

- La posibilidad de impugnar un sobreseimiento, se da cuando el representante del Ministerio Público ha emitido un requerimiento de sobreseimiento, pero cuando ha emitido un requerimiento acusatorio y es la defensa quien solicita el sobreseimiento, la resolución que desestima ese pedido es inimpugnable. Por estas consideraciones se declara improcedente el sobreseimiento.

1.1.3 Auto de enjuiciamiento

Con resolución N° 08 del cuatro de setiembre del 2014 se declara: haber merito para pasar a juicio oral, acusado por la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, como presunto autor del delito contra el patrimonio – robo agravado.

Se admite a trámite los medios probatorios ofrecidos por el Ministerio Público. De la parte acusada no se admite ningún medio probatorio, por no haberse ofrecido ninguno, de la parte agraviada no se admite ningún medio probatorio, por no haberse constituido en actor civil y no haberse ofrecido.

1.1.3.1 Sentencia

Se emite sentencia con resolución N° 19 del trece de setiembre del año 2016

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

ACUSADO: Jorge Manuel Quito Astocondor, identificado con DNI N° 31680298, sexo masculino, lugar de nacimiento distrito de San Martín de Porres, provincia y departamento de Lima, fecha de nacimiento 07 de marzo de 1976, estado civil casado, con tres hijos edad 38 años, grado de instrucción segundo año de educación secundaria, ocupación obrero de

construcción civil, con un ingreso de (S/. 45.00) diarios; sin antecedentes penales ni judiciales nombres de la Madre María Astocondor Valencia, domicilio real en el Psi. Las Margaritas N°34-Huraz

AGRAVIADO: Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero

➤ DESARROLLO PROCESAL

Iniciado el juicio oral por el colegiado de la Corte Superior de Ancash, el Ministerio Público formulo su alegato inicial: solicitando se le imponga al acusado trece (13) años de la pena privativa de la libertad efectiva y al pago por concepto de reparación civil en la suma de seiscientos soles (S/.600. 00), a favor del agraviado.

Se efectuó la lectura de derechos al acusado, y se le pregunto si admitía ser autor o participe del delito materia de acusación y responsable de la reparación civil, luego de consultar con su abogado defensor, dicho acusado en forma independiente, no efectuó reconocimiento de la responsabilidad penal y civil de los cargos formulados; no habiéndose ofrecido de acuerdo a ley medios probatorios nuevos, se dio por iniciada la actividad probatoria, preguntándose al acusado si iba a declarar en ese acto, habiendo manifestado su deseo de no declarar, luego de lo cual fue efectuada la prueba testimonial pericial ofrecida por el Ministerio Público; oralizada la prueba documental, presentados los alegatos finales por los sujetos procesales, y siendo la etapa de que el acusado efectúe su auto defensa, manifestó que se considera inocente de los cargos que se le formula; cerrando el debate la causa pasa para la deliberación y expedición de la sentencia.

- CONSIDERACIONES
- DELIMITACIÓN DE LA ACUSACIÓN FISCAL
- HECHOS IMPUTADOS
- PRETENCIONES PUNITIVA Y REPARATORIA

- ❖ PRETENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El representante del Ministerio Público ha precisado que ha quedado acreditado la responsabilidad del acusado Jorge Manuel Quito Astocondor, conforme a los medios que han sido debatidos en el juicio oral, finalmente solicitando para el acusado la pena privativa de libertad de trece años y la reparación civil de seiscientos soles (S/. 600.00 soles)

- ❖ PRETENSIÓN DE LA DEFENSA DEL ACUSADO

Procedió a oralizar manifestando, que se encuentra probada la inocencia de su patrocinado, debido a que la acusación fiscal presentada, vendría a ser de carácter subjetivo, en tanto que el imputado no cuenta con antecedentes de este tipo, los medios probatorios admitidos a juicio no serían suficientes a efecto de que se pueda acreditar el delito por el cual se estaría incriminando a su patrocinado; así mismo, realizó la observación a la configuración de una co-autoría que manifestó la Fiscalía, debido a que no se habría identificado a la otra supuesta persona que participo en el hecho materia de acusación. En el mismo acto, precisó que existen sendas contradicciones de hechos con la imputación de su patrocinado; por lo que solicita la absolución.

➤ COMPONENTES TÍPICOS DE CONFIGURACIÓN

❖ ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL DELITO IMPUTADO

Que, el análisis de la conducta atribuida al acusado, deberá comprender en primer término el momento objetivo del tipo, para posteriormente evaluar el momento subjetivo del mismo, siendo que el delito de robo agravado requiere la concurrencia de los elementos configurativos siguientes:

- a) El bien jurídico protegido: “siendo el robo un delito que comporta múltiples agresiones a intereses valiosos de la persona (...) no queda que la propiedad es el bien jurídico específico predominante; junto a ella, se afecta también la libertad personal de la víctima o sus allegados funcional – personales. A nivel de peligro inmediato y/o potencial entra en juego igualmente la vida y la integridad física, bien jurídico objeto de tutela de modo indirecto o débil (...)”.
- b) Sujeto activo: cualquier persona, en el caso concreto el acusado.
- c) Sujeto pasivo: lo será “en definitiva el titular del bien mueble que es objeto de la sustracción; no obstante, por el despliegue de los medios comisivos (violencia y amenaza), en algunas oportunidades, dicha acción puede recalar en una persona ajena al dueño del patrimonio, en este caso el agraviado.
- d) Acción típica : el delito de robo desde la perspectiva objetiva el apoderamiento ilegítimo por parte del agente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él sustrayéndolo del lugar en que se encuentra; constituyendo modus operandi del

- mismo, el empleo de la violencia contra la persona bajo la amenaza de un peligro inminente para su vida o su integridad física, para lograr el desapoderamiento del bien mueble a efectos de que el agente logre tener disposición sobre el bien, sin importar el fin o uso que le dé al mismo, ni el tiempo que transcurra en órbita de control.
- e) Medios comisivos: es necesario el empleo de la violencia o amenaza por parte del agente sobre la víctima destinada a posibilitar la sustracción del bien, la violencia o amenaza devienen en instrumentos que utiliza o hace uso el agente de facilitar la sustracción y por ende el apoderamiento ilegítimo del bien pertenece al sujeto pasivo. Respecto a este punto, la Corte Suprema en la Sentencia Plenaria N° 01-2005/DJ-301-A, ha señalado que, los actos de violencia o intimidación deben ser desplegados antes, en el desarrollo o inmediatamente posteriores a la sustracción del bien.
- f) Violencia: constituye “violencia física contra la persona siempre que se despliegue una energía física, tendiente a impedir la acción de la víctima. (...) la violencia que se precisa en el robo es la que consiste en un acontecimiento físico agresivo que se realiza sobre una persona para vencer su resistencia a la desposesión de algo que le pertenezca.
- g) Amenaza: es uno “de los modos de exteriorización criminal que infundiendo miedo en el espíritu de la víctima, conturba su inteligencia y anula su voluntad. Intimida (amenaza) quien se aposta en un camino y exige la entrega de una cantidad, bajo amenaza de

un mal actuar e inmediato” se desarrolla para lesionar la capacidad de decisión del sujeto pasivo de actuar en defensa del bien mueble que se pretende despojar.

- h) Elementos objetivos del tipo: se requiere que la concurrencia del dolo directo, acompañado, de un elemento subjetivo del tipo, que toma cuerpo en el ánimo de lucro (sacarle provecho) con el cual actúa el agente.
- i) Consumación: adquiere perfección delictiva con el apoderamiento del bien mueble. La jurisprudencia nacional precisa que “ la consumación en el delito de robo se produce, cuando el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien total o parcialmente ajeno, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de su derecho de custodia y posesión, asumiendo la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición de dicho bien”, la acción de apoderarse mediante sustracción de su bien mueble, lo configura como un delito de resultado y no de mera actividad, en razón que el agente no solo desapodera a la víctima de la cosa – adquiere poder sobre ella – sino también como correlato, la pérdida actual de la misma por la parte de quien la tuviera situación que permite diferenciar o sitúen un momento diferenciado a la desposesión del apoderamiento. El acto de apoderamiento es, pues, el elemento central de identificación para determinar, en el inter crimines, la consumación y tentativa. Por consiguiente, la consumación en estos casos viene condicionado por la disponibilidad de la cosa sustraída,

disponibilidad que, más que real y efectiva – que supondría la entrada en la fase del delito. Debe ser potencial, esto es entendida como la posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Esta disponibilidad potencial, desde luego puede ser momentánea, fugaz o de breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: “ (a) si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recupero en su integridad el botín, la consumación ya se produjo, (b) si el agente es sorprendido infraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandone el botín y este es recuperado, el delito quedo en grado de tentativa, y, (c) si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos.”

- j) Cómplice primario. Aquellos actos que sean esenciales para que el autor pueda cometer el delito
- k) Cómplice secundario. Se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión de delito. En este caso, cualquier apoyo materia u otra índole que puede proporcionar el cómplice secundario al autor del delito, la cooperación no debe ser necesaria para la comisión del hecho, pero es aquel que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, pero siempre debe ser antes de la consumación, por ello podemos decir no es tan

indispensable o imprescindible el aporte del cómplice secundario para la comisión del delito.

➤ **EVALUACIÓN DE LOS EXTREMOS ACTUADOS**

El Código Procesal Penal en su artículo 158; ha precisado las reglas que deben utilizarse para valorar los medios de prueba actuados en el proceso, señala para tal efecto que el juzgador deberá observar las reglas de la lógica de la ciencia y las máximas de la experiencia, exponiéndolos resultados obtenidos y los criterios adoptados, con la finalidad de dar cumplimiento de la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, por lo que una resolución judicial, especialmente una sentencia, debe expresar con suficiencia, claridad y coherencia las razones que se han tenido para tomar una determinada decisión, de no efectuarlo así, se puede incurrir en los diferentes grados que ha identificado la doctrina respecto a la infracción de este deber constitucional, como la falta absoluta de motivación, de motivación aparente, de motivación insuficiente o de motivación incorrecta. Guarda relación con ello que toda sentencia dentro de los marcos exigidos por el artículo 394.3 del Código Procesal Penal, debe contener la motivación clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probadas o improbadas y la valoración de la prueba que la sustenta con la indicación del razonamiento que la justifique.

En efecto, toda sentencia que sea más bien fruto del decisionismo, que de la justicia y de la razón, será una sentencia arbitraria injusta y, por lo tanto, inconstitucional exp. N° 728-2008-PHC/TC, caso Llamuja Hillares, fundamento ocho. Esta exigencia de motivación de las resoluciones

judiciales guarda concordancia con el principio de intervención o prohibición de la arbitrariedad, que surge del Estado democrático de derecho, artículo.3 y 43 de la Constitución Política y tiene un doble significado a) en un sentido amplio, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho y b) en un sentido moderno y concreto la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, como lo incongruente y contradictorio con la realidad de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo exp. N° 90-2004-AA/TC, fundamento jurídico doce, a lo dicho debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictado o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad, artículo. 44 de la norma fundamental.

El contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola medición de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas, b) congruencia ante lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresaran la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes, y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun así este es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

➤ ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO Y CONTEXTO VALORATIVO

La doctrina procesal ha considerado, objetivamente, que para imponer una condena es preciso que el juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del acusado, la cual solo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente, que permite crear, la convicción de culpabilidad; sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso; ello implica que para ser desvirtuada se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado puesto que, “(...) el imputado goza de una presunción Iuris Tantum; por tanto en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada, (...) asimismo, las pruebas deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado con escrúpulo respecto a las normas tuteladas de los derechos fundamentales.

➤ HECHOS PROBADOS

La preexistencia de bienes (billetera conteniendo el dinero y documentos) del agraviado con lo manifestado por este en juicio, quien refirió la existencia de tales bienes cuando se produjo el hecho en su agravio, corroborando con el recibo de pago de fecha veintiséis de octubre de año dos mil trece y declaración jurada del empleador.

➤ VALORACIÓN CONJUNTA DE LAS PRUEBAS

Que de las pruebas actuadas en juicio oral está probado que el hecho acusado si se produjo, tal como está acreditado con el testimonio del agraviado quien ha descrito los pormenores del suceso criminal en su agravio: a) participación de varios sujetos, entre estos, el acusado y la tercera persona quien obstruyo el paso distrajo al agraviado y posteriormente golpeo y logro huir con los bienes materia del presente delito; b) apoderamiento ilegítimo procurado mediante sustracción de las pertenencias a través de violencia, es decir via despliegue de energía del acusado y demás sujetos, para doblegar la capacidad defensiva de la víctima, incluso post ejecución provocando lesiones; y, c) distribución de aportes de los sujetos activos en la ejecución del robo en base al principio de reparto funcional de roles, el acusado estuvo a cargo de sustraer el bien de la víctima, sacando los bienes del bolsillo izquierdo de la víctima y arañándolo ante la resistencia del mismo.

Cabe hacer mención que el testigo agraviado, según su dicho en sus declaraciones en juicio, fue agraviado en el robo por el acusado, por inmediaciones de la avenida Raimondi con el Jr. Hualcan conforme es de verse en el acta de inspección fiscal por lo que es pertinente y valido hacer relevancia el acuerdo plenario N° 2-2005/CJ-116, fundamentos 9, que ha establecido pautas para tener certeza en las declaraciones del testigos agraviado lo siguiente: “las circunstancias que han de valorarse son las siguientes: a) desde la perspectiva subjetiva, a de analizarse la personalidad del testigo también es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que estas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo,

(...) b) desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador este mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dado o circunstancia extrema, aun de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador. c) asimismo, debe observarse coherencia y solidez del relato del testigo; y de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del testigo no inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en el que el conjunto de las declaraciones del mismo se haya sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada.

En efecto, aplicando lo establecido en el acuerdo plenario en mención este colegiado ha podido verificar que las declaraciones hechas por el testigo agraviado, si cumplen con las garantías de certeza mencionadas, pues se presenta la ausencia de incredibilidad subjetiva, al comprobarse que no existe ningún sentimiento de odio o de venganza entre él y el acusado; asimismo su relato es creíble, y está corroborando con el acta de intervención policial.

En cuanto a la justificación realizada por la defensa técnica del acusado tanto en su alegato de apertura como de cierre refiere que existe insuficiencia probatoria, porque de las declaraciones del agraviado, se desprende diversas manifestaciones, precisando que en su oportunidad menciono que su billetera estuvo contenida con doscientos cuarenta soles, luego doscientos cincuenta soles y por ultimo había doscientos setenta soles consecuentemente, no habría justificado la preexistencia ni las precisiones

de los bienes materia de robo constituyendo un indicio de mala justificación ya que en juicio y ante el colegiado el agraviado aclaro en dicho extremo el monto de dinero aunado a ello, el apoderamiento de los bienes se realizó y por ende el tipo penal se estaría ajustando al hecho investigado; del mismo realizo observaciones a las lesiones del agraviado, pero que según los actuados en juicio como el certificado Médico Legal N° 7115-L, guardan coherencia y concordancia con la imputación realizada en contra de Jorge Manuel Quito Astocondor por ende se tiene como acreditado la violencia y el dolo en el hecho investigado asimismo del acta de recepción de prendas de vestir del acusado que trato de confundir al agraviado, respecto a las prendas que vestía el acusado al momento de los hechos, con la finalidad que no lo reconociera en consecuencia se tiene por acreditado el suceso criminal perpetrado por el acusado en la condición de autor con las agravantes anotadas, imputado por el representante del Ministerio Público.

➤ JUICIO DE SUBSUNCIÓN

Que estando a los considerandos precedentes, deben procederse a realizar el juicio de subsunción respecto de la conducta del acusado así se tiene que:

En cuanto al verbo rector “apoderamiento” ilegítimo y el medio comisivo: violencia; en el presente caso se acreditó el apoderamiento ilegítimo por parte del acusado de una billetera conteniendo dinero y documentos, para aprovecharse de estos, sustrayéndolo del bolsillo izquierdo del pantalón del agraviado; constituyendo el modus operando, el empleo de violencia, dividiendo en el instrumento que utilizó o hizo uso para facilitar la sustracción y por ende el apoderamiento ilegítimo del bien que pertenece al

agraviado. Sobre las agravantes: concurso de dos o más personas; está acreditado ya que concurrieron dos sujetos en calidad de coautores, que facilitaron la comisión del delito.

En cuanto al elemento subjetivo; el acusado actuó dirigido en todo momento en obtener lucro, y con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal.

➤ JUICIO DE ANTIJURICIDAD Y CULPABILIDAD

- Antijuricidad: relacionada con el examen efectuado, para determinar si la acción típica comprobada es contraria al ordenamiento jurídico, o si por el contrario se ha presentado alguna causa de justificación, que puede haber hecho permisible la realización de los actos descritos en las consideraciones precedentes, cuyos supuestos se encuentran previstas en el art. 20 del Código Penal y al efectuar una verificación sobre cada una de las posibles causas de justificación, no se ha encontrado las previstas normativamente, y por el contrario, por la forma y circunstancias en que se desarrollaron los hechos, el acusado, estaba en plena capacidad de poder determinar y establecer que accionar era contrario al ordenamiento jurídico vigente.
- Culpabilidad: este un juicio de reproche, que se hace al acusado, por su conducta típica y antijurídica (aspecto formal), pero no solo basta el reproche, se requiere también identificar el contenido de los presupuestos en los que se fundamenta (aspecto material) así se descubre el porqué de la imputación personal. Es así que la culpabilidad es imputar responsabilidad por un injusto a un

individuo en base a la exigibilidad en un ámbito comunicativo, en atención a las condiciones reconocibles en la determinada práctica social. La culpabilidad no constituye una exigencia necesaria para establecer el hecho, por lo que es necesario que el autor posea ciertas condiciones mínimas (psíquicas y físicas) que le permita comprender la antijuricidad de su acción y de poder adecuar su conducta a dicha comprensión “quien carece de esta capacidad bien por no tener madurez suficiente o por tener graves alteraciones psíquicas, no pueden ser declarado culpable y por consiguiente no puede ser responsable de sus actos por más que estos sean típicos y antijurídicos.

En el presente caso, el acusado Jorge Manuel Quito Astocondor no cuenta con anomalía psíquica, ni grave alteración de la conciencia o que sufran de alteraciones de la percepción previsto en el artículo 20 del Código Penal, todo lo contrario, realizó su conducta típica y antijurídica con pleno discernimiento; por lo que no habiéndose presentado limitación alguna que pueda haberle quitado o disminuido al referido acusado sus capacidades de reproche personal sobre el injusto realizado; razones por las cuales debe declararse responsable del ilícito cometido.

➤ DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

La determinación judicial de la pena, es el procedimiento técnico y valorativo en la primera etapa, el juzgador debe individualizar la pena concreta entre los tercios de la pena legal, evaluando para ello, diferentes

circunstancias como las contenidas en los artículos 46, 46A,46B y 46C del Código Penal.

Que habiéndose establecido la responsabilidad penal del acusado corresponde en este estado efectuar la determinación judicial de la pena atención a lo dispuesto en los principios de legalidad, proporcionalidad, lesividad, y culpabilidad previstos en los artículos II, IV, V, VII Y VIII del título preliminar del Código Penal, que vinculan al juzgador para determinar el quantum de la pena a imponerse dentro del marco legal establecido por el tipo penal en específico, así como en los artículos 45°, 45°A y 46° del mismo cuerpo normativo modificado por la ley N°30076.

Estando a lo dispuesto por el artículo 45° -A, en el primer momento para proceder a identificar la pena conminada (mínima y máxima) debemos remitirnos al cual artículo 189° primer párrafo del numeral 4, del Código Penal, el cual provee una pena conminada no menor de doce ni mayor de veinte años de pena privativa de libertad, por lo tanto, en aplicación al principio de legalidad, ese sería el parámetro imprescindible (marco mínimo y máximo de pena aplicable, de carácter abstracto) En un segundo momento, la pena legal debe ser dividida en tercios, así tenemos que: la pena privativa en su primer tercio partiría desde doce años; el segundo tercio desde los catorce y ocho meses y el tercer tercio, desde los diecisiete años y cuatro meses. Para establecer la individualización de la pena concreta, la cual está determinada por las circunstancias del caso, las que finalmente nos han de permitir establecer la pena entre los tercios señalados precedentemente.

➤ DETERMINACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

El Ministerio Público ha petitionado la imposición de trece años de pena privativa de libertad al acusado por la comisión del delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado.

En cuanto a las condiciones personales del acusado Jorge Manuel Quito Astocondor, se advierte que cuenta con grado de instrucción segundo grado de secundaria (secundaria incompleta) de ocupación obrero, lo que en concreto constituyen circunstancias específicas a considerar al imponer la pena es de doce años estando al principio de lesividad o de exclusiva protección de los bienes jurídicos, estando que los bienes y valores son sustanciales a la convivencia humana que se considera imprescindibles para la vida social y si bien el acusado cuenta con antecedentes penales policiales y judiciales pero del mismo, no ha sido materia de consideración por la señora representante del Ministerio Público si el acusado tiene la calidad de reincidente o habitual y procederse como una circunstancia agravante cualificada; solo podría tomarse en cuenta como una función de prevención de futuros delitos, porque los comportamientos delictivos inciden sobre los objetos jurídicos de tutela penal.

En el presente proceso no ha existido aceptación del hecho imputado por el acusado, que puedan generar beneficios procesales de conformidad con lo establecido en los artículos 160 y 161 del Código Procesal Penal.

➤ DETERMINACIÓN DE LA REPARACIÓN CIVIL

Que, el ordenamiento procesal penal regula obligatoriamente la pretensión penal civil, por lo que su objeto es doble; el penal, el civil, así lo dispone el

artículo 92 del Código Penal. El objeto civil está regulado en los artículos 11 al 15 del Código Procesal Penal y en los artículos 92 al 101 del Código sustantivo; este último nos remite en lo pertinente a las disposiciones del Código Civil.

El Ministerio Público, ha peticionado como pago de reparación civil la suma de seiscientos soles, a favor del agraviado; precisando por el valor de la especie robada, y teniéndose en cuenta que es un delito pluriofensivo, porque se ha vulnerado el bien jurídico protegido; la propiedad, así como también la integridad física, lo peticionado por el Ministerio Público, resulta proporcional en el daño causado.

➤ **FUNDAMENTACIÓN DE LAS COSTAS**

Que, el artículo 497 del Código Procesal Penal ha previsto obligatoriamente la fijación de costas en toda acción que ponga fin al proceso penal, en donde, además, estas serían de cargo del vencido, según lo prevé el inciso 1 del artículo 500 del citado código; no obstante, también se precisa que el órgano jurisdiccional puede eximir el pago de costas al vencido.

En cuanto a las costas de la sentencia condenatoria estando a que se ha llegado a juicio oral y a la actividad jurisdiccional se ha desplegado en su integridad, habiéndose acreditado la comisión de un delito doloso, resulta necesario imponer costas judiciales al acusado.

➤ **PARTE RESOLUTIVA: DECISIÓN**

De los hechos apreciados, la pretensión punitiva formulada por el Ministerio Público, así como la pretensión indemnizatoria, valorando los medios probatorios actuados en la presente causa, los señores jueces del Juzgado

Penal Colegiado Supraprovincial permanente de la Corte Superior de Justicia de Ancash y con la potestad que le confiere la Constitución Política del Perú.

RESUELVE

Condenar a Jorge Manuel Quito Astocondor como autor de la comisión del delito contra el patrimonio, en la modalidad de ROBO AGRAVADO, en agravio de REYNALDO JORGE TINOCO GUERRERO, y en consecuencia se le impone doce años de pena privativa de libertad efectiva, la misma que se cumplirá en el establecimiento penitenciario de sentenciados de la ciudad de Huaraz, fecha que se efectuara el computo una vez sea capturado e internado el sentenciado en el establecimiento penal; en consecuencia se dispone las órdenes de captura a nivel nacional y local para su internamiento.

FIJANDO la reparación civil en la suma de seiscientos soles, que deberá abonar el condenado a favor del agraviado REYNALDO QUITO GUERRERO en ejecución de sentencia.

CONDENAR EL PAGO DE COSTAS: al sentenciado.

DISPONER: consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia se inscriba en el Registro Central de Condenas, se gire y remita a quienes corresponda el boletín y testimonio de condena; la misma que caducara automáticamente con el cumplimiento de la pena.

1.1.3.2 Recurso de apelación

❖ FUNDAMENTOS DEL AGRAVIO

Se ha violado el debido proceso, por actuar medios de prueba no actuados en juicio oral y por la motivación aparente e insuficiente que incurre el colegiado al dictar sentencia impugnada, como se apreciara en la estación de errores de hecho y de errores de derecho, que fundamento seguidamente:

Mediante escrito de fecha 27 de setiembre de dos mil dieciséis, recurso interpuesto por la defensa técnica del acusado JORGE MANUEL QUITO ASTOCONDOR.

➤ PETITORIO

Fundamento el recurso de apelación presentado contra la sentencia condenatoria emitida el del 13 de setiembre de 2016, que condena a pena de trece años y el pago de reparación civil ascendente a s/ 600 soles, contra el acusado, por la presunta comisión de los delitos contra el patrimonio en la modalidad en la modalidad de robo agravado, revocándose se emita sentencia absolutoria a favor del sentenciado o en su defecto se declare nula la sentencia; por los fundamentos siguientes:

PRIMERO: Que. debemos dejar constancia señores magistrados, que el representante del Ministerio Público en la formalización de la investigación preparatoria tipifica el delito contra el patrimonio en la modalidad de hurto agravado previsto en el artículo ciento ochenta y seis numeral cinco del Código Penal, hecho que se le puso en conocimiento a fin de plantear una tesis de defensa efectiva, pero es el caso que de forma sorpresiva y falas se

adecúa al delito de robo agravado, sin poner en conocimiento al imputado; por haberse vulnerado el derecho constitucional al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, recorte del derecho a la defensa a conocer los cargos de imputación, por cuanto mi defendido se defendía de la primer imputación, que incluso esta debió de ser controlada por el juez de investigación guardar relación objetiva a juzgar que a mi criterio al imputado ante el Ministerio Público para hacerle conocer la adecuación al tipo penal de robo, por tanto se había vulnerado su derecho constitucional a la defensa, así como también al derecho fundamental de la prueba que está debidamente relacionado al derecho del debido proceso, la tutela procesal efectiva por cuanto se ha recortado el derecho a la defensa material y técnica. El Ministerio Público en la imputación indica que el hecho fue cometido con el concurso de dos personas, sin embargo ese dicho por el supuesto agraviado y que ha tomado como válido por la fiscalía no ha sido corroborado ni probado en el juicio oral, la existencia imaginaria del coautor que no existe, ya que el Ministerio Público tampoco dispuso en la preparatoria, es más, se ha debido individualizar al coimputado y por ello no se ha investigado o llevado diligencias para averiguar de quienes se trataría, máxime que en la sentencia ya hace mención de un tercer sujeto que no ha imputado el Ministerio Público o agraviado (fundamento 7.5 de los hechos probados), como si un tercer sujeto haya participado en el presunto delito, con la cual se demuestra que no ha habido una valoración objetiva en cuanto al tipo penal planteado por la fiscalía, vale decir que no hay imputación necesaria, error de hecho y derecho que debe de guardar relación

con la relación objetiva a juzgar, que a mi criterio debe de ser declarado nulo; en el presente caso no se ha citado al imputado al Ministerio Público para hacerle conocer la adecuación al tipo penal de robo, por tanto se habría vulnerado su derecho constitucional a la defensa, así como también al derecho fundamental de la prueba que está debidamente relacionado al derecho al debido proceso, la tutela procesal efectiva por cuanto se ha recortado el derecho a la defensa material y técnica.

SEGUNDO: Referente a los Elementos de Convicción debatidos en Juicio Asimismo es importante precisar que los medio de prueba y órganos de prueba ofrecidos por el Ministerio Público no se encuentran debidamente justificados y carecen de actividad probatoria, esto es teniendo en cuenta que al encontrarnos frente a un delito supuestamente en flagrancia delictiva se tuvo que acreditar primero la existencia del bien u objeto material del delito, si hubo la devolución del mismo, es más, en la declaración de la testigo Rosmery García Ríos como Policía Nacional por videoconferencia, existe múltiples contradicciones ya que la testigo asegura que intervino a mi patrocinado y le encontró la suma de doscientos cuarenta nuevos soles, es más, cuando le pregunté si había efectuado dicha acta, sostuvo que sí, pero luego al mostrarle el acta, se rectifica de su declaración, por la que se debe de tener en cuenta que no hay una homogeneidad en cuanto a su versión, es más en la declaración de esta testigo se ha consignado otro número de Documento Nacional de Identidad la cual también la testigo dijo que no le correspondía, lo que se debe advertir que habrían mala intencionadamente

al haber redactado dichas actas con el propósito de vincular en un hecho que no ha cometido mi patrocinado.

Del mismo modo, la declaración del testigo REYNALDO TINOCO GUERRERO señala que le habrían sustraído la billetera izquierda causándole lesión en la mano, pero cuando se le preguntó en qué parte de la mano le habrían causado la lesión, este no supo responder, por cuanto también está el Certificado Médico Legal 007114 – L, contradictorio con la versión del testigo, por cuanto sostiene que el presunto agraviado habría tenido una abrasión en el primer dedo de la mano izquierda, la cual fue observada por la defensa ya que no precisaba si la lesión sería en el dedo meñique o pulgar, no siendo objetivo este certificado médico legal, que ha descrito en la parte de observación que es de carácter subjetivo es más se debe de tener en cuenta la hora que también es contradictoria y la imputación que sostiene por cuanto primero dijo que se trataría de la sustracción de doscientos cuarenta soles, luego doscientos cincuenta soles, y finalmente doscientos sesenta nuevo soles, sin embargo en la formalización de investigación dentro de los fundamentos de hecho la fiscalía menciona que son doscientos sesenta y siete nuevos soles por lo que existe una descoordinación en el correlato por lo que se habría de vulnerado el principio de imputación objetiva, por lo que consideramos existe un agravio más al que debe de sumarse el pedido de nulidad de la sentencia, por no existir una justificación en los fundamentos y una debida motivación frente a esas contradicciones.

TERCERO: Del mismo modo el colegiado ha tenido como fundamento valorar como documentales el acta de intervención policial de fecha veintiséis de octubre del dos mil trece en la cual se aprecia en la narración que la testigo se encontraba en el Jr. Juan de la Cruz Romero con Hualcan, donde no se halló ningún bien del denunciante, encontrándosele solo catorce soles, pese a que supuestamente ha sido detenido, por ello el detenido es intervenido en flagrancia delictiva, por ello el juez de investigación preparatoria al no encontrar ningún elemento de convicción grave y fundado le otorgó comparecencia al pedido de prisión preventiva, acta que ha debido de valorarse para desvirtuar la comisión del hecho delictivo al no haberle hallado nada de interés criminalística, por lo que presumimos que no se encuentra debidamente acreditado la existencia del objeto material del delito en ninguno de sus extremos de imputación.

Del mismo modo en la sentencia que es materia de alzada se ha tenido en cuenta el acta de recepción de las prendas de vestir en la que existe contradicción en cuanto al color del chaleco que vestía mi patrocinado por lo que el agraviado sostiene que fue de color blanco y pudo reconocerlo supuestamente por esta prenda de vestir, sin embargo en el acta en mención se ha detallado que el chaleco es de color crema y esta contradicción se ha hecho notar en el juicio oral, básicamente en los alegatos de clausura, sin embargo el colegiado no ha tenido en cuenta al momento de resolver como una valoración conjunta de las pruebas y que en todo caso existiría cierta duda razonable a favor de mi patrocinado, vulnerando el principio constitucional del indubio pro reo, es más, quizás el agraviado se confundió,

por la oscuridad del lugar, la afluencia de personas o el movimiento de la gente por inmediaciones del lugar, por ello no podemos concluir en decir que se ha llegado a una verdad material con la responsabilidad de mi patrocinado, existiendo múltiples contradicciones como se hace notar en el presente recurso.

Asimismo, es importante precisar que los documentos que han sido valorados por su despacho con respecto al recibo de pago y declaración jurada son documentos simples que no han ido otorgados por una autoridad competente que pueda darle seguridad jurídica al documento presentado, toda vez que el recibo de pago con presencia del Ministerio Público es otorgado por su mismo abogado que le defendió durante la investigación preliminar, etapa intermedia y juicio oral, así como también la declaración jurada que no nos puede dar certeza de que dicho contenido sea cierto o no, porque no lo ha otorgado un notario y al menos legalizado su firma, por lo que consideramos que estos medios de prueba no debieron ser valorados por el Juzgado Colegiado, más aún si carece de fundamento en la sentencia frente a esta observación.

En cuanto al acta de constatación fiscal que ha sido redactada el día siguiente y en horas 13:10 con la sola presencia del agraviado, es así que no se notificó a la defensa del imputado y a mi patrocinado a fin de poder participar, por lo que dicha fiscal a cargo incluso hizo un presunto reconocimiento, dándole un contexto diferente al propósito del acta que debe determinar la ubicación del lugar, las características de la zona, la iluminación la afluencia de personas, la descripción ocular en la que se quiere hallar la presunta escena

del hecho, la cual no ha ocurrido en el presente caso por lo que se debe de desvirtuar la valoración de esta prueba documental para imputar el hecho en contra de mi patrocinado.

Del mismo modo se ha tenido en cuenta en la sentencia, los oficios de antecedentes policiales y judiciales de delitos cometidos que se encuentran extinguidos por el paso de los años, documental que no debe ser valorado por cuanto el juzgado estaría pronunciándose por efectos de analogía, por lo que debe ser considerado nulo esta apreciación al no haber sido justificado por la fiscalía el propósito de dichos documentales.

CUARTO: Respecto a la conducta de los Magistrados:

Que, con referencia este último punto pero muy importante, precisamos que se ha violado el debido proceso, constando que la resolución impugnada no es otra cosa que un vicio lógico que Mixán Mass califica como “PETICIÓN DE PRINCIPIO” pues desde el principio el colegiado excediéndose en las facultades de razonabilidad que confiere la Ley para el efecto, se ha pronunciado a favor del requerimiento del fiscal responsable, prejuzgando en contra del procesado, violando el derecho a la IGUALDAD PROCESAL, que garantiza el artículo 1 numeral 3) del Título Preliminar del NCPP, sin tomar en consideración que el fiscal responsable también a faltado a sus deberes de imparcialidad y se ha puesto de parte del denunciante calumnioso, atentando contra el principio de IMPARCIALIDAD, que obliga el artículo 61 del D.L N° 957 y se evidencia la falta de motivación que obliga a respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad que atenta contra el Estado constitucional de derecho, sustentando la resolución

impugnada en apreciaciones subjetivas falaces y temerarias y en consecuencia muy alejada de la verdad.

QUINTO: Con lo concerniente a pena impuesta

En cuanto a la determinación de la pena y la reparación civil, no se ha ponderado y justificado la imposición de la sanción por lo que existiría una aparente motivación es este extremo, la cual habría vulnerado los parámetros establecidos en la Constitución Política, puesto que para privar de la libertad a un ciudadano debe existir coherencia con los fundamentos de hecho y de derecho que no ha ocurrido en el presente caso, así como los hechos alegados para fijarlos como una valoración conjunta vulnerándose el derecho fundamental a la prueba y que esta justicia o sentencia también deba parecer que es justa.

Por consiguiente, al admitir la valoración de la prueba obtenida con infracción constitucional y procesal como se ha detallado que existe cierta contradicción y duda debe ser a favor del imputado. Entendiéndose como una ponderación al momento de delimitar una obtención ha sido contradictoria, la cual por inmediación ha sido fijar la sentencia por consiguiente consideramos que se había vulnerado la legitimidad de prueba.

❖ OBJETO DE PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

En este rubro, planteamos: Como pretensión principal la nulidad en todos los extremos y si fuera de un mejor parecer se declare nula la recurrida y se absuelva de la acusación fiscal al sentenciado.

1.1.3.3 Resolución que concede recurso de apelación

Auto que concede la apelación con Resolución N° 21, de fecha seis de octubre de dos mil dieciséis, se emite el auto de apelación.

DECISIÓN JUDICIAL

- Concédase apelación a la defensa técnica del sentenciado, contra la resolución número DIECINUEVE de fecha trece de setiembre de dos mil dieciséis; en consecuencia, estando a la apelación concedida ELÉVENSE los autos al superior jerárquico con la debida nota de atención, una vez devueltos que sean las constancias de notificación debidamente diligenciadas. Firmando solo los jueces superiores, por licencia de la Directora de Debates.

1.1.3.4 Pronunciamiento de la Sala Penal de Apelaciones del Nuevo Código Procesal Penal de la Corte Superior de Justicia de Ancash

ANÁLISIS DE LA IMPUGNACIÓN

Conforme se observa del recurso de impugnación se pretende la nulidad de la sentencia y el imputado cuestiona básicamente lo siguiente:

- a) El Ministerio Público al formalizar la investigación preparatoria tipifica el delito como uno de hurto agravado previsto en el artículo 186 numeral 5 del Código Penal, empero de forma sorpresiva se adecúa el delito a uno de robo agravado. Sobre este agravio se tiene que de la descripción que hace el requerimiento acusatorio de fojas 1 a 14 del expediente judicial adjunto se tiene que el fiscal señala que “conforme a la investigación preparatoria se le imputa al acusado haber sustraído una billetera

conteniendo S/ 250.00 soles y el DNI al agraviado Tinoco Guerrero utilizando violencia y amenaza, para obtener un provecho, conjuntamente con otro sujeto no identificado, habiéndole ocasionado las lesiones descritas en el certificado médico legal N° 007114-L, hecho ocurrido el 26 de octubre del 2013 por las inmediaciones del Mercado Central de esta ciudad”. De lo expuesto se observa que la imputación fáctica y jurídica que realiza el Ministerio Público concluye que el imputado resultaría ser coautor del delito de robo agravado tipificado en el artículo 188 del Código Penal con la agravante prevista en el artículo 189 numeral 4 del Código Penal, de lo que se puede colegir que la acusación fiscal postula este hecho y la calificación jurídica antes citada, conforme lo dispone el artículo 349 numeral 1 literal “b” y “f” del Código Procesal Penal, siendo ello así de haber puesto -como sostiene la defensa técnica del imputado- una calificación distinta al hecho delictivo al emitirse la disposición de formalización de la investigación preparatoria, ello resulta permisible pues conforme lo señala el Acuerdo Plenario N° 2-2012/ CJ-116, una de las características del hecho investigado es su precisión o delimitación progresiva en el curso de la investigación preparatoria como posible objeto procesal, que luego se plasma en la acusación, y que el nivel de precisión tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso el que será controlado y precisado en la etapa intermedia a través de la acusación fiscal, lo que supone entonces señalar que el Ministerio Público va construyendo desde el inicio de la investigación los cargos formulados en contra del imputado, que comprende los hechos imputados (la imputación

fáctica y la tipificación específica), por lo que —sin haber variado los hechos que se le imputan— el fiscal puede postular en su acusación fiscal de manera más concreta una tipificación más delimitada que podría eventualmente comprender un cambio en la calificación jurídica, con pleno respeto del principio acusatorio, que exige una identidad esencial entre los hechos de ejecución delictiva investigados y acusado y el respeto a la homogeneidad del bien jurídico protegido, lo que se observa que se ha respetado en la presente causa. (Ver acuerdo plenario N° 6-2009/CJ-119).

- b) Sobre la imputación jurídica en si se dice: i) El Ministerio Público sostiene que el hecho se produjo con el concurso de dos personas, ii) Que ante un supuesto de flagrancia delictiva debió primero acreditar la existencia del bien u objeto material del delito, iii) El agraviado sostiene que se le sustrajo la billetera del bolsillo izquierdo causándole lesiones, empero no supo responder en qué parte de la mano lo que no se condice con el certificado médico legal N° 007114-L, iv) Se ha valorado el acta de intervención policial del 26 de octubre del 2013, que señala que la PNP interviniente lo hizo en el Jirón Juan de la Cruz Romero con Hualcán, empero no se le halló ningún bien del denunciante, esto es 14 nuevos soles, v) En el acta de recepción de prendas de verter existe contradicción en el color del chaleco pues el agraviado señala que fue de color blanco, cuando este era de color crema, por ello existiría duda razonable, y vi) Por último el recibo que acreditaría el monto de los sustraído se los otorgó su propio abogado y son recibos simples, por otro lado el acta de constatación fiscal

se llevó a cabo el día siguiente a las 13:10 horas, fue con la sola presencia del agraviado donde el fiscal le dio un contexto diferente al propósito del acta.

Sin perjuicio de lo alegado como agravio se debe de tener en cuenta el Colegiado en estricta aplicación de la facultad prevista en el artículo 419 del Código Penal y dentro de los límites de esta que postula que existen contradicciones y dudas a favor del imputado y que requiere que se le absuelva de la acusación fiscal, está llamado a examinar la resolución recurrida tanto en la declaración de hechos cuanto en la aplicación del derecho.

Sobre el tema se tiene que en la casación N° 5-2007-Huaura del 11 de octubre del 2007 se autoriza que el tribunal pueda reexaminar lo que se denomina la estructura racional del propio contenido de la prueba, a través de las reglas de la lógica, la experiencia y de los conocimientos científicos, lo que supone que el Tribunal puede controlar la valoración probatoria cuando el juez de primera instancia comete un error al valorar esta.

En principio sobre el tema de valoración de la prueba se tiene que el artículo 158 del Código Procesal Penal dispone que en la valoración de ella se deberá de observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia pues mediante la valoración de la prueba, el conocimiento y convicción sobre los hechos materia de imputación criminal van a cobrar vida en una resolución judicial. En la sentencia N° 1014-2007-PHC-TC, fundamentos 11 y 14 (citada por Alonso R. Peña Cabrera Freyre en su manual de Derecho Procesal Penal- Cuarta edición -Instituto Pacífico febrero 2016, pag. 609-Lima), se dice: "...la prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia

del juez, debe de reunir las características de veracidad objetiva, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe de dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad... como puede verse uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho de la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida, en consecuencia existe la exigencia que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables...”; las que además deben necesariamente orientarse a la acreditación de los hechos incriminados.

En concreto debe de verificarse si respeto de la persona condenada resulta acreditada la materialidad del delito imputado de robo agravado y su participación en el hecho imputado, teniendo en cuenta que se le atribuye que con la participación activa de otra persona en horas de la tarde del día 26 de octubre del 2013, por las inmediaciones del mercado central de Huaraz, habría sustraído del agraviado sus bienes consistentes en una billetera conteniendo 250 nuevos soles y el DNI, en coautoría con otro sujeto mediando violencia para apropiarse de dichos bienes.

El colegiado a fin de sustentar la responsabilidad del imputado en los hechos incoados ha tenido compulsado como medios probatorios pertinentes, principalmente el examen de testigo (agraviado) manifestado en el juicio oral. (ver transcripción de la sentencia, punto sexto, numeral 6.4).

El tipo base imputado es de robo, es decir el previsto en el artículo 188 del Código Penal, que exige el apoderamiento del bien mueble, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar donde se encuentre, empleando violencia contra

la persona. De los hechos detallados se tiene que se señala que lo que fue objeto de apoderamiento es una billetera conteniendo en su interior la suma de S/. 260.00 nuevos soles y el DNI, sin embargo, si bien obra a fojas 31 y 32 del expediente judicial el recibo de paga por la suma de S/ 240.00 nuevos soles que al parecer tendría el agraviado el día de los hechos (y no los S/ 260.00 nuevos soles como sostiene que fue objeto de sustracción), además de la declaración jurada de fojas 32, se observa del acta de intervención policial de fojas 28 del mismo expediente judicial que el efectivo policial interviniente SO3 PNP Rosmery García Ríos, consigna que al realizarse el registro personal del intervenido, no se le halló ningún bien del denunciante, pero se le encontró la cantidad de S/ 14.00 nuevos soles. Que por otro lados sostiene —según el agraviado— que la sustracción habría ocurrido en las inmediaciones de la Avenida Raimondi, cuando un sujeto -que no es el acusado- se puso delante de él, y le impidió el paso a lo que el acusado procedió a sustraerle su billetera con dinero y DNI, que se encontraba en su bolsillo izquierdo, para tal efecto precisa el agraviado, el acusado le agarró la mano y le arañó y luego huyó; empero del certificado médico legal de fojas 29, se registra lesiones por abrasión de 1 centímetro por 0.50 centímetros en la región posterior del primer dedo de la mano izquierda, si bien coincide con la presunta lesión a la mano, o se ha precisado por el agraviado cuál de las manos resulta ser la lesionada. Por otro lado tampoco se observa que el agraviado registre lesiones por arañamientos como él refiere, además si bien el profesional médico describe las lesiones como *abrasión*, debe de tenerse en cuenta que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (Editorial Larousse, España 2016)

describe como abrasión a una fuerte irritación que se produce en la piel por contacto con líquidos y se puede derivar sea por quemaduras o traumatismos, de lo que deviene concluir que la citada lesión descrita no resulta compatible con las que describe el agraviado haber sido víctima el día de los hechos, además que según la data del Certificado Médico Legal N° 007114-L, de fecha 26 de octubre del 2016, elaborado a las 22:46 horas del mismo día de los hechos, describe que el paciente señala haber sido agredido por persona desconocida ese día a las 18:00.

También se tiene el tipo penal básico exige que la acción de apoderamiento, suponga la sustracción del bien del lugar donde se encuentre, esto es de la esfera de dominio de agraviado, al respecto debe de tenerse en cuenta que el Acuerdo Plenario N° 1-2005-DJ-301 sostiene que en el delito de robo agravado la consumación de este ocurre cuando se verifica la disposición, aunque sea mínima de la cosa sustraída. Añade si el agente es sorprendido *in fraganti o in situ* y perseguido inmediatamente sin interrupción y es capturado y el bien es recuperado, el delito queda en grado de tentativa, es decir no se consuma. Para el caso de autos según la narración del agraviado, el despojo o apoderamiento de sus bienes ocurre en la Avenida Raimondi, luego de ello, el acusado huye, empero este lo persigue por una cuadra -sin perderlo de vista-, lo aborda, forcejea con él, pero interviene otra persona a quien este le entrega lo robado, luego de lo cual intervino la policía. Como se observa en la eventualidad que así hubiera ocurrido el evento, el acusado no tuvo la posibilidad de disposición del bien, pues corrió con esta hasta una cuadra, siendo seguido y capturado por la víctima de inmediato, lo que supone que

estaríamos ante la eventualidad de un delito tentado, empero los bienes no se le encontraron a este ni se recuperaron, conforme a la declaración de la policía interviniente y del acta de intervención antes referido, de lo que se puede concluir entonces que tampoco está acreditado, ni el apoderamiento, ni la sustracción ni menos la disposición del bien por parte del acusado.

Por otro lado, se tiene que, sobre la forma y modo en que sucedió el evento delictivo (hechos anteriores y concomitantes) solo puede inferir ello la declaración del agraviado, según ya se ha detallado, pues no existe corroboración alguna actuada en juicio sobre dichas circunstancias, pues el acta policial de fojas 28 elaborada por la efectivo policial García Ríos, contrariamente a esto señala textualmente lo siguiente: “Siendo las 18:25 horas del día, cuando se encontraba de servicio por el Jirón Juan de la Cruz Romero y el Jirón Hualcán, un grupo de personas corrían solicitando apoyo para la intervención de una persona que al parecer había sustraído las propiedades del agraviado, quien le manifestó que había sido víctima de hurto de dinero por la suma de S/ 250.00 nuevos soles, por la persona del imputado... procedió a la intervención conjuntamente con la SO3 Vásquez Paredes y trasladó al intervenido a la comisaría...” lo que se corrobora con su declaración prestada en juicio oral lo mismo que la declaración de la testigo Carmen Vásquez, de lo que se puede concluir que las citadas testigos, no resultan ser órganos de prueba, ni de los hechos ocurridos en la Avenida Raimondi, lugar donde habría sucedido la sustracción de los bienes del agraviado, ni de las lesiones que arroja el certificado médico legal antes anotado, tampoco de las circunstancias narradas por la víctima, sobre la

desposesión, la forma en que ocurrió esta, la persona que lo habría realizado, la persecución que señala se hizo del acusado y de la presunta entrega y participación de un tercer sujeto para la materialidad del delito de robo agravado, de lo que se puede colegir entonces que tampoco se encuentra acreditado o corroborado la versión sobre los hechos imputados, a fin de determinar si efectivamente estas ocurrieron bajo los detalles que expone el agraviado.

Igualmente se tiene que el colegiado ha invocado como sustento de su resolución -dado que la condena se respalda básicamente en la declaración de los hechos por parte de la víctima- el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, el que señala que desde el punto de vista objetivo se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, si bien periférico que consolide su relato incriminador; empero como se ha explicado, no se ha expuesto ni se ha aportado elemento probatorio alguno que efectivamente corrobore la incriminación, no hay testigos, documentos visual o gráfico en ese sentido, peor aun los que se han invocado con tal calidad no corroboran el relato incriminador, ni las circunstancias propias de la comisión del delito, su desarrollo y eventualmente su consumación, antes de acreditarse más bien que el objeto de apoderamiento, (dinero y DNI) no han sido hallados en poder del imputado, y la versión de que estos fueron entregados a un tercer sujeto tampoco ha sido objeto de demostración y corroboración.

Por último, se debe de tener en cuenta que se le ha condenado si bien por el tipo básico del artículo 188 del Código Penal. Sobre esto se tiene que tal imputación fáctica no ha sido demostrada bajo ningún medio probatorio en sede de primera instancia, pues si bien el relato del agraviado señala que desde la primera intervención delictiva ocurrido en la avenida Raimondi (despojo de su billetera) habría participado un segundo sujeto, el que también lo habría hecho cuando el agraviado alcanzó al imputado -luego de perseguirlo por una cuadra sin perderlo de vista- y forcejeó con este para recuperar sus bienes, siendo la participación de esta persona en esta última etapa en el sentido de haber recibido los bienes robados, además de haberlo agredido para que suelte el imputado, tal versión no tiene sustento probatorio alguno, ni menos corroboración del tal fáctico, pues como ya se ha dicho, ni las testigos efectivos policiales intervinientes que redacta el acta de intervención policial de fecha 26 de octubre del 2013 de horas 18:25, lo consigna, ni tampoco aparece registrado siquiera tangencialmente en el acta de inspección fiscal de fecha 27 de octubre del 2013 de las 1:10 horas que corre en el expediente fiscal de fojas 34, por el contrario si bien en dicho documento se consigna que “se entrevistaron con tres personas de sexo femenino u no de sexo masculino quienes refieren tener conocimiento de los hechos suscitados, a quienes les pusieron al frente la ficha RENIEC del imputado lo reconocieron y lo sindicaron como el autor del hecho delictivo”. dichas personas no han sido identificadas, el supuesto reconocimiento no ha sido realizado con las garantías de Ley, las citadas personas no han sido aportados por el Ministerio Público como órganos de prueba, pero aún de lo supuestamente manifestados

por estos tampoco se puede inferir la participación de más personas en el evento delictivo, de lo que se puede concluir entonces que efectivamente, estamos ante una absoluta carencia de medios probatorios concurrentes e idóneo para acreditar los hechos y los existentes resultan a todas luces insuficientes para determinar tanto la materialidad del delito como la responsabilidad del presunto agente.

Como se observa de las pruebas expuestas y que han sido actuadas en juicio oral, o se puede acreditar de forma fehaciente la responsabilidad del acusado, pues de la sola sindicación del agraviado, no se puede determinar ni corroborar las acciones que desarrollo este con la finalidad de despojarlo de sus pertenencias, esto es cometer el delito de robo agravado, mediando violencia contra su persona, entonces bajo ese orden de cosas, para los efectos de imponer una sentencia condenatoria, es preciso que exista certeza respecto a la materialidad del delito incriminado y la responsabilidad penal del encausado, situación que no se vislumbra en el presente caso por una actuación probatoria insuficiente, pues de lo expuesto no se puede concluir para este colegiado que existe convicción sobre la culpabilidad del acusado Quito Astocondor por lo que resulta imposible revertir la inicial presunción de inocencia que corresponde al procesado; habida cuenta que “los imputados gozan de presunción iuris tantum, por tanto, en el proceso ha de realizar una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; (...) asimismo, las pruebas deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado (...) con escrupuloso respeto a las normas tutelares de los derechos fundamentales...”.

Que por último se tiene respecto al Principio de Presunción de Inocencia como garantía Constitucional, para ser destruida, no solo basta la acreditación del hecho punible, (que tampoco se ha logrado en el caso de autos) sino que es necesario acreditar la vinculación del hecho con el sujeto de imputación, de modo que se puede determinar su responsabilidad penal. Siendo este el sentido en el que pronuncia el Tribunal Constitucional, así el derecho a la presunción de inocencia comprende “el principio de libre valoración de la prueba del proceso penal que corresponde actuar a los jueces y tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado, y así desvirtuar la presunción”. En atención a esto, si es que como se observa en el desarrollo del proceso no se ha encontrado suficiente convicción probatoria de la existencia del delito, así como de la vinculación del procesado con este, lo que cabe por mandato constitucional es emitir sentencia absolutoria, como el Colegiado concluye que debe de suceder en la presente causa.

Por los fundamentos de hecho y derechos expuestos, y en aplicación de los artículos doce y cuarenta y uno del Texto único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Ancash por unanimidad, emite la siguiente:

➤ DECISIÓN

1.-Declararon FUNDADA la apelación interpuesto por el abogado del imputado Jorge Manuel Quito Astocondor que corre a fojas 211 a 219, contra la sentencia (resolución) número 19 del 13 de setiembre del 2016.

2.-En consecuencia, revocaron la sentencia contenida en la Resolución N° 19 de fecha 13 de setiembre del 2016, expedido por el Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial Permanente de Huaraz, que resolvió “condenar a Jorge Manuel Quito Astocondor como autor en la comisión del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de robo agravado, previsto y sancionado en el artículo 189, primera parte, inciso 4, concordado con el artículo 188°, del Código Penal, en agravio de Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero, y en consecuencia se le impone doce años de pena privativa de libertad efectiva.

II MARCO TEÓRICO

2.1 Consideraciones generales del delito de robo agravado

2.1.1 Generalidades

El delito de robo es una de las figuras penales que en mayor frecuencia se cometen en nuestra sociedad. El legislador peruano del Código Penal establece esta figura penal en los artículos 188 al 189 capítulo II, Título V, Delitos contra el patrimonio, Libro Segundo, Parte Especial. Asimismo, se han expedido dispositivos legales que modifican en su redacción primigenia la de 1991. Ley N° 26319 (01/06/94). Ley N° 26630 (21/06/96). Ley N° 896 (24/05/98)

2.1.2 Antecedentes históricos

En el derecho germánico el que logra delimitar las nociones jurídicas de hurto y robo, aunque restringiéndose el robo exclusivamente al ejercicio de la violencia en las personas. En la edad media, al contrario, se marca una involución en relación a este problema jurídico. Los límites entre el hurto se desdibujan, situación que prevalece hasta los tiempos de la codificación.

El Código Penal peruano de 1863, que tuvo como modelo al código español de 1850, trataba el robo en el libro segundo.

En el Código Penal de 1924, el robo se encontraba en el artículo 239. Se hablaba de robo o rapiña, luego se introduce el asalto.

La distinción entre robo con fuerza en las personas y en las cosas es asumida por el Código Penal francés.

Roy Freyre comentando el Código Penal de 1924, definía el robo, en sentido estricto, conocido con el *nomen iuris* de rapiña en la actual doctrina italiana, como

el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con el propósito de aprovecharse de ella, sustrayéndolo del lugar donde se encuentre mediante el empleo de violencia o amenaza contra la persona o de cualquier otro medio que la incapacite para resistir y sin la concurrencia de armas o instrumentos que pudieran servir como tales.

2.1.3 Naturaleza del delito de robo

Antes de analizar los supuestos delictivos del robo resulta necesario exponer brevemente las teorías que se han planteado en doctrina para explicar la naturaleza jurídico-legislativa de la figura delictiva de robo. Así tenemos tres teorías planteadas por Salinas (2010):

- a) *El robo como variedad del hurto agravado*: Esta teoría sostiene que como el robo tiene los mismos elementos constitutivos del hurto, como son el bien jurídico protegido, apoderamiento mediante sustracción, ilegitimidad de la acción, bien mueble total o parcialmente ajeno, finalidad de lucro, etc. Aquel constituye una modalidad del hurto agravado debido que solo se diferencia por los modos facilitadores de la acción, esto es, o el uso o empleo por parte del agente de la violencia sobre las personas o la amenaza en contra de las personas
- b) *El robo como un delito complejo*: Teóricos como Bramont-Arias y García (1997) sostienen que, “tal como en la figura del robo, concurren elementos constitutivos de otras figuras delictivas, como son coacciones, lesiones, uso de armas de fuego, incluso muerte de personas, estamos ante un delito complejo. Este razonamiento si bien a primera

impresión puede parecer solido e impecable, se desbarata inmediatamente al advertir que en la mayoría de delitos concurren elementos que a su vez pertenecen a otros hechos punibles”. En consecuencia, sostener esta postura significa afirmar que la mayoría de delitos son de naturaleza compleja, lo es cual jurídico-penalmente errado.

- c) *El robo es de naturaleza autónoma*: la posición actual en la mayoría en doctrina, sostiene que al intervenir los elementos de violencia o amenaza en la construcción del tipo penal, automáticamente se convierte en figura delictiva particular, perfectamente identificable y diferenciable de las figuras que conforman el hurto

No obstante, no le falta razón a Rojas (2000), cuando afirma que el consenso logrado en tal sentido no puede soslayar cuestionamientos basados en argumentos de impecable racionalidad y coherencia discursiva que nos provienen a no olvidar que, pese al consenso obtenido, el robo no es muy diferente al hurto, ni que su estructura típica no está alejada de la tesis de la complejidad, sobre todo en el modelo peruano que incluye especies de robo agravado con lesiones, resultados de muerte y lesiones graves.

2.1.4 Valor del bien objeto de robo

Nos parece importante dejar establecido, breve pero tajantemente, que el bien objeto del delito de robo, solo debe tener valor económico, así sea mínimo. En nuestra legislación penal no se exige un monto mínimo, como si ocurre con el hurto

simple. La sustracción ilegítima de un bien de mínimo valor económico, haciendo uso de la violencia o la amenaza, constituye el delito de robo. Mucho más si estamos ante una agravante.

El valor del bien solo tendrá efecto al momento en que la autoridad jurisdiccional determine la pena a imponer al acusado, pues en casos parecidos, por el uso de la violencia o amenaza, tendrá mayor pena aquel el que sustrajo un bien de mayor valor económico que aquel que sustrajo un bien de escaso valor patrimonial.

2.1.5 Concepto de robo

Delito contra el patrimonio, por el cual el agente mediante violencia o amenaza, doblega la voluntad de la víctima y se apodera de un bien ilícitamente. El robo definitivamente es una forma calificante del hurto, comprende el empleo de la violencia, elemento destacable del robo con respecto al hurto. Por ello, Peña (2004) sostiene, la materialización del robo reside en el apoderamiento ilegítimo de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, empleando la violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física.

2.1.6 Clasificación del robo

2.1.6.1 Robo agravado

Cuando en el apoderamiento ilegítimo de cosa ajena concurren hechos graves que deben ser calificados de manera separada para una evaluación de la penalidad por la peligrosidad del hecho. 1) Casa habitada, 2) Durante la noche o en un lugar desolado, 3) A mano armada, 4) Con el concurso de dos o más personas,

5) En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de 27 pasajeros o de carga, 6) Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando ser mandamiento falso de autoridad, 7) En agravio de menores de edad, discapacitados, mujeres en estado de gravidez o ancianos, 8) Sobre vehículo automotor.

El delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera, mediante violencia o amenaza, de un bien mueble total o parcialmente ajeno, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho- la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición. Desde aquella óptica, la Corte Suprema ha señalado que este delito reviste evidente complejidad, dado que se afectan bienes jurídicos de naturaleza heterogénea, tales como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio

La naturaleza jurídico-legislativa del delito de robo, siguiendo al magistrado Salinas (2010), ha sido explicada a través de las siguientes tres teorías:

- El robo como variedad del hurto agravado: Esta teoría sostiene que como el robo tiene los mismos elementos constitutivos del hurto como son el mismo bien jurídico protegido, apoderamiento mediante sustracción, ilegitimidad de la acción, bien mueble total o parcialmente ajeno, finalidad de lucro, etc., aquel constituye una modalidad del hurto agravado debido que solo se diferencia por los modos facilitadores de la acción, esto es, el uso o empleo por parte del agente de la violencia sobre las personas o la amenaza en contra de las personas. Esta posición tiene cabida en el Código Penal colombiano, en el cual se regula la figura del robo como una modalidad del hurto. Esta postura que en teoría puede

ser atinada, técnicamente no es la más afortunada pues, al menos en nuestra legislación como veremos, muchos supuestos de robo agravado se diferencian abismalmente de la figura del hurto.

- El robo como un delito complejo: Por su parte, Bramont-Arias y García (1997) anotan que en la figura del robo concurren elementos constitutivos de otras figuras delictivas como son coacciones, lesiones, uso de armas de fuego, incluso muerte de personas, estamos ante un delito complejo. este mismo sentido, la Corte Suprema, nuevamente, arguye que «para los efectos de realizar un correcto juicio de tipicidad, es necesario precisar ciertas premisas, así tenemos que en el delito de robo se atacan bienes jurídicos de tan heterogénea naturaleza como la libertad, la integridad física, la vida y el patrimonio, lo que hace de él un delito complejo; que, ello no es más que un conglomerado de elementos típicos, en el que sus componentes aparecen tan indisolublemente vinculados entre sí, que forman un todo homogéneo indestructible, cuya separación parcial daría lugar a la destrucción del tipo». Dicho razonamiento, si bien a primera impresión puede parecer sólido e impecable, se desbarata inmediatamente, al advertir que en la mayoría de delitos concurren elementos que a la vez pertenecen a otros hechos punibles: en consecuencia, sostener esta postura significa afirmar que la mayoría de delitos son de naturaleza compleja, lo cual es jurídico penalmente errado. Así, en determinados delitos concurren elementos constitutivos que conforman también la tipicidad tanto objetiva como subjetiva de otros delitos, pero desde el momento que se combinan con

otros elementos en la construcción de un tipo penal, automáticamente se convierte en un delito autónomo; incluso las sub modalidades se convierten en supuestos delictivos autónomos: por ello es que no es tan cierto que el robo sea un delito complejo.

- El robo es de naturaleza autónoma: El sector mayoritario de la doctrina señala que, al intervenir los elementos violencia o amenaza en la construcción del tipo penal, automáticamente se convierte en figura delictiva particular, perfectamente identificable y diferenciable de las figuras que conforman el hurto. No obstante, no le falta razón a Rojas (2000) cuando afirma que el consenso logrado en tal sentido, no puede soslayar cuestionamientos basados en argumentos de impecable racionalidad y coherencia discursiva que nos previenen el no olvidar que pese a los consensos obtenidos el robo no es muy diferente al hurto, así como que su estructura típica no está alejada de la tesis de la complejidad, sobre todo en el modelo peruano que incluye especies de robo agravado con lesiones, resultados de muerte y lesiones graves.

2.1.6.2 Bien jurídico protegido

El bien jurídico del delito de robo agravado es el patrimonio, pues se priva del ejercicio de disfrute de un bien precisamente a su propietario. Sin embargo, a diferencia del hurto, la acción penal ataca otros bienes jurídicos como es la vida humana independiente e incluso de la libertad, por lo que compartimos la tesis que estamos frente a un delito pluriofensivo.

2.1.6.3 Sujetos de la conducta típica

- A) Sujeto activo: Puede ser cualquiera persona, al tratarse de un delito común, a excepción del propietario exclusivo del bien, ya que el requisito es que el bien sea total o parcialmente ajeno.
- B) Sujeto pasivo: Vendría a ser el propietario o en su caso el poseedor legítimo.⁰

2.1.6.4 Tipicidad objetiva

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

- Apoderamiento ilegítimo: El núcleo central del delito es la acción de apoderarse del bien que implica un comportamiento activo de desplazamiento físico del mismo del ámbito de poder patrimonial del tenedor a la del sujeto activo. La norma penal al emplear el verbo apoderar ha definido una acción típica consistente en la posibilidad inmediata de realizar materialmente sobre el bien actos dispositivos. Por tanto, el autor debe tener la disponibilidad, la autonomía o la posibilidad física de disposición. Apoderarse es poder ejercer actos posesorios sobre la cosa durante un tiempo cualquiera, por brevísimo que sea. Ejemplo: el carterista que baja de un transporte público con la billetera de su víctima, al abordar otro vehículo que va en sentido diferente al anterior está ingresando en apoderamiento del bien. La norma penal dispone que el apoderamiento debe ser legítimo, por tanto, el agente no debe tener derecho alguno de introducir el bien a su ámbito de dominio. Aquí entra

a tallar el tema del consentimiento de la víctima, pues si ésta asiente que el agente se lleve el bien ya no se configurará el delito, apoderando el consentimiento como un supuesto de atipicidad. Por ejemplo: el alumno que permite que el profesor se lleve su código pues considera que le va a ser de utilidad.

- Sustracción del bien. - En el delito de robo la sustracción es concebida por la norma penal como el medio para el apoderamiento. Por tanto, el apoderamiento comienza necesariamente con la sustracción. La sustracción implica en sacar el bien del ámbito de custodia y vigilancia de la víctima. Ejemplo: el asaltante que le quita la bicicleta a la víctima, sacándolo del volante y montándose él en ella, pedaleando a velocidad para escapar.
- Bien mueble. - La norma penal fija como objeto material del delito el bien mueble. Al emplear la norma penal el concepto de bien en vez del de cosa, permite introducir dentro de la figura de robo, bienes no necesariamente corpóreos. El bien denota un concepto más amplio que el de cosa y se le puede definir como el objeto material e inmaterial susceptible de apropiación que brinda utilidad y tiene un valor económico. En cuanto al concepto de bien mueble debemos indicar que este posee, en el ordenamiento jurídico penal, una significación más amplia que la atribuida por la norma civil. Los bienes transportables de un lugar a otro, movidos por sí mismos o por fuerzas externas son muebles para la ley penal.

- Violencia o amenaza. Este es el elemento que diferencia al delito de robo del de hurto. La violencia debe entenderse como violencia física, esto es la aplicación de una energía física destinada a vencer la resistencia de la víctima, por ejemplo: atar, golpear, empujar, apretar, amordazar, etc. En doctrina se considera que la violencia que se exige para configurar el robo debe ser de cierta intensidad y amenaza para la vida o salud de las personas, por lo que el mero arrebato de un reloj no implicaría robo sino hurto. La violencia física no necesariamente debe recaer sobre el sujeto pasivo, puede concurrir sobre cualquier otra persona.
- Ajeneidad: El bien mueble debe ser total o parcialmente ajeno al agente. El concepto de ajeneidad tiene dos aspectos: positivo, en el sentido que el bien le pertenece a alguien y, negativo en el sentido que el bien no le pertenece al agente. Por tanto, no son ajenas las *res nullius*, que no se encuentran sometidas a posesión de persona alguna (por ejemplo, las piedras o las conchas en la orilla del mar), las *res derelictae* (cosas abandonadas por sus dueños) y las *res communis omnius* (cosas de todos). La norma penal precisa que el bien debe ser totalmente o parcialmente ajeno, ello implica que puede concurrir el delito en el caso de copropietarios si la propiedad está dividida en partes (cuotas proporcionales).

2.1.6.5 Tipicidad subjetiva

El sujeto debe actuar dolosamente, direccionando su voluntad con conocimiento de que su conducta lesiona el bien jurídico patrimonio y también,

queriendo obtener el resultado; es decir: que el apoderamiento del bien mueble total o parcialmente ajeno.

2.1.6.6 La consumación del delito de robo

Cuando se consuma del delito de robo agravado con muerte subsecuente. La respuesta que ofrece la sentencia plenaria N° 1-2005/DJ-301-A, discrepancia jurisprudencial artículo 301-A CPP asunto: momento de la consumación en el delito de robo agravado precedente vinculante, cuando nos señala que basta con la disponibilidad potencial para que el injusto quede consumado. Al respecto no vamos a insistir en dicha discusión que ya ha sido finiquitada por los Jueces Supremos de la Corte Superior de la República.

- ❖ **TEORÍAS QUE EXPLICAN EL MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN DEL DELITO DE ROBO:** En este acápite, es preciso recordar lo establecido a través de la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A, la cual parte de la premisa de que «hurto» y «robo» comparten la misma estructura típica esencial y que la diferencia, entre ambas figuras delictivas, radica en el medio comisivo de violencia o amenaza. En ese sentido, afirma que, si en el caso del hurto el acto de apoderamiento es el elemento central, para diferenciar la consumación de la tentativa, también lo es para el delito de robo.

Así pues, para el apoderamiento no, solamente, importa el desplazamiento físico de la cosa de la esfera de custodia del sujeto pasivo a la del agente, sino también la realización material de actos posesorios (disposición del bien) por parte de este último. Esta situación permite diferenciar, sin duda, dos momentos distintos,

los cuales consisten en: (i) el desapoderamiento del sujeto pasivo, y; (ii) la posesión por parte del sujeto activo. En tal sentido, de acuerdo con la sentencia, la consumación requiere no solo el despojo del bien mueble, sino que el autor del robo tenga la posibilidad de realizar actos de disposición sobre este: esta posibilidad es definida por la sentencia como la disponibilidad potencial, que puede ser momentánea, fugaz o de breve duración. A decir de la sentencia, este criterio de la disponibilidad potencial, sobre la cosa -de realizar materialmente sobre ella actos dispositivos- permite desestimar de plano teorías clásicas como:

- A) LA APREHENSIO O CONTRECTATIO, que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa.
- B) LA AMOTIO, que considera consumado el delito cuando la cosa ha sido trasladada o movida del lugar.
- C) LA ILLATIO, que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor.

2.1.6.7 La descripción legal

El art. 189 prescribe: “El que a otro daño grave en el cuerpo o en la salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años”

- Modalidades típicas
 - a) Las que ponen en inminente peligro la vida de la víctima.
 - b) Las que mutilan un miembro u órgano principal del cuerpo o la hacen impropio para su función, causan a una persona incapacidad

para el trabajo, invalidez o anomalía psíquica permanente o la desfiguren de manera grave y permanente.

- c) Las que infieren cualquier otro daño a la integridad corporal, o a la salud física o mental de una persona que requiera treinta o más días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa.

2.1.6.8 La penalidad

De acuerdo con el artículo 188 del Código Penal —tipo base— que establece: “El que se apodera ilegalmente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándole con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años”, con la agravante prevista en el numeral 4 del artículo 189 de la norma acotada que prevé la pena será no menor de doce ni mayor de veinte años, si es robo es cometido (...) con el concurso de dos o más personas”.

Asimismo, la circunstancia agravatoria imputada se encuentra regulada en el artículo 189°, 4 del Código Penal. El juzgado al momento de individualizar y graduar la pena, podrá aplicar el mínimo, intermedio o máximo de la pena. Todo dependerá de la forma y circunstancia en que ocurrieron los hechos, así como la conducta procesal que asumió el imputado dentro del proceso penal instaurado.

2.2 Elementos del delito

➤ LA ACCIÓN

La teoría finalista presenta dos fases: i) Es la mente del autor y comprende, la Selección del fin que pretende alcanzar, la elección de los medios necesarios para Realizar el objetivo y el cálculo de los efectos como logro del fin. ii) se desarrolla en el mundo exterior, luego de agotado la primera fase pone en movimiento, conforme a un plan, los medios o factores causales elegidos con anterioridad. El resultado es el Logro del objetivo y los efectos concomitantes (Welzel, 1969). El dolo en este caso

Sería contenido de la acción y no de culpabilidad.

➤ El dolo.

Es un elemento principal y con frecuencia está acompañado de otros elementos subjetivos como: móviles, ánimo, tendencia y constituye el núcleo de lo ilícito personal de la acción (Jakobs, 1991); el dolo según Hurtado (2005), es un factor determinante para saber si una acción es o no típica. Nuestro código no define, mientras que en Colombia en su CP del 2000 lo define en su artículo 22 y el dolo es definido por sus dos elementos que son la conciencia y la voluntad (Villa Stein, 2003).

➤ La tipicidad

Las disposiciones penales están constituidas por dos partes: el precepto y la sanción. La primera contiene la descripción de la acción humana que el legislador declara punible. Cuando una acción reúne los requisitos señalados en el tipo penal, se dice, que es una acción típica, dicha adecuación es la tipicidad, por lo tanto, es la violación de la norma

prohibitiva. Según Hurtado (2005), la tipicidad deriva del principio de legalidad tipicidad.

➤ La antijuricidad

Es una valoración negativa de la acción en relación con todo el orden jurídico u ordenamiento jurídico, el orden jurídico se refiere concretamente al conjunto de disposiciones que rigen una determinada área de un ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico está caracterizado por ser autónomo, exclusivo, es compleja, plenitud; al respecto Hurtado (2005) señala que la antijuricidad no es categoría propia del ámbito penal, sino una noción común a todos los dominios del derecho, con independencia de su naturaleza civil, administrativo o público.

Las causas de justificación, siendo la antijuricidad contraria al ordenamiento jurídico, su justificación también debe ser todo el ordenamiento jurídico (Roxin, 1997). Será acto de justificación el simple hecho que actúa de conformidad material del ordenamiento jurídico, incisos 3, 4 del art. 20 del CP, podemos señalar algunas como:

- a) La legítima defensa. Es una causa de justificación su base legal se encuentra en el art.2, inc.23 de la Constitución e inc. 3 del art. 20 del CP.
- b) El estado de necesidad justificante. Art. 20, inc. 4, del CP mediante un medio adecuado se lesionaba o ponía en peligro bien jurídico para salvar otro de mayor valor.
- c) Otras causas de justificación. Tenemos lo establecido en el inc.8 del art. 20 del CP que son: el que obra por disposición de la ley; el cumplimiento de un deber, se debe entender un deber jurídico; el ejercicio legítimo de un

derecho, implica concederle los medios necesarios para ejercitarlo y para defenderlo, la fuente de este derecho es la Constitución, esto se debe entender como el poder facultativo de obrar; es decir, prerrogativa reconocido por el derecho positivo.

➤ Culpabilidad

Es el reproche formulado contra el delincuente por haber cometido un acto ilícito, a pesar de haber podido actuar conforme a derecho no lo hizo (Hurtado, 2005. p. 604).

Su justificación sería que el agente no se lo podía exigir otra conducta. Es la capacidad de comprender el carácter delictuoso del comportamiento y la de determinarse según esta apreciación. Estas características son específicas de la persona natural y no de personas jurídicas.

➤ La responsabilidad

En los últimos años debido a factores económicos, sociales, políticos y de crimen organizado la sociedad tiene la tendencia de atribuirles responsabilidad penal a las personas jurídicas, al respecto, existen desacuerdos muy radicales.

Siempre las únicas que pudiendo responder sobre sus actos fueron las personas naturales por las siguientes razones explicadas por (Hurtado, 2005):

- Primero por que las personas físicas pueden actuar libremente; en cambio, las personas jurídicas actúan mediante sus órganos directivos.

- Segundo las personas naturales tienen la capacidad psíquica de comprender el carácter ilícito de sus actos condición esencial de la culpabilidad; en cambio la persona jurídica no tiene esa capacidad psíquica.
- Tercero la pena busca la culpabilidad del autor y busca la expiación y la prevención, dirigido a persona natural que tiene la capacidad de pensar, querer y sentir; en caso de persona jurídica no podemos exigir estas dotes.

2.3 Autoría y participación

En la legislación peruana el concepto de autor lo encontramos en el artículo 23 del Código Penal. Este artículo establece que es autor “el que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible conjuntamente y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidas con la pena establecida para esta infracción”. Teóricamente para explicar la participación en el hecho delictivo:

- a) En primer lugar, está la teoría subjetiva, según la cual es autor quien realice cualquier aportación o contribución causal con ánimo de ser autor de aquí surge la calidad de autoría (autor, coautor, autor mediato), y partícipe el que realice cualquier aportación causal con ánimo de ser partícipe. El primero pretende realizar su propio hecho, el segundo quiere intervenir en un hecho ajeno, es decir, depende del animus del autor.
- b) En segundo lugar está la teoría objetiva.- Diferencian entre autoría individual, coautor y autor mediato; y, participación como cómplice e instigador en el plano objetivo, esta postura se divide en dos facciones:

- i. Teoría objetiva-formal. Para esta teoría autor es quien ha realizado un acto descrito en el tipo legal, el partícipe será quien ha realizado alguna contribución material. La principal crítica que se hace a esta teoría es que da poca importancia el peso causal de su intervención. Cuando en muchos casos los tipos solo mencionan el resultado y no como debe producirse.
- ii. Teoría objetivo-material. La cual para evitar la mera descripción típica en la que se basaba la teoría objetivo formal, tiene en cuenta la importancia objetiva del autor, la peligrosidad del hecho ejecutado concretamente por quien participa.

Es autor quien aporta y contribuye objetivamente a su realización, es más importante. Así se introduce como autor mediato a aquellos que usan a otro para cometer el delito, pero tienen pleno conocimiento del hecho delictivo y como coautores a los que contribuyen a su realización. Se critica a esta teoría porque no establece de manera clara en qué modo se debe de entender la importancia de la aportación.

- c) Por último, está la teoría del dominio del hecho, su origen lo encontramos en la teoría finalista de Welzel. Se basa en que en los delitos dolosos es autor quien domina finalmente la realización del delito.

El autor decide el sí y el cómo de la realización del delito, es decir el autor dirige su acción hacia la realización del tipo y tiene la posibilidad de realizar o no la acción típica.

Es el autor que controla la toma de decisión y la ejecución de la misma, (Roxin, 2003) agrega entre varias personas que participan es la figura clave o central del suceso. Esta postura ha sido criticada por la vaguedad del significado

de “dominio de hecho” y por no ser aplicable al autor mediato y a la participación; porque, existe 30 independencia con que actúa el ejecutor directo y en segundo lugar el cómplice tiene la posibilidad de evitar o interrumpir la comisión del hecho punible.

- d) Es autor mediato.- Encontramos la figura en el artículo 23 del CP cuando establece “el que realiza (...) [hecho criminal] por medio de otro”. Es decir, es quien causa un resultado sirviéndose de otra persona como medio o instrumento para realizar la ejecución. El autor no realiza directa y personalmente el delito, se sirve de otra persona inconsciente de la trascendencia penal que tiene su acto. El criterio que se sigue en esta figura es que se deja de imputar el hecho al que lo ejecuta materialmente para pasar a la persona de atrás. Este criterio es el del dominio del hecho, ya que quién domina la acción es el autor mediato (persona de atrás), quien domina la voluntad de quien actúa. Sus límites de la autoría mediata, es principal límite de la autoría mediata se establece cuando el autor material no haya perdido el dominio del hecho. En el caso de los delitos especiales podemos hablar de autoría mediata cuando el hombre de atrás es un sujeto cualificado que utiliza a otro que no lo es como instrumento.
- e) La coautoría: son coautores quienes realizan el hecho conjunto. Partiendo del artículo 23 podemos definir la coautoría como la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente. Mir Puig entiende que los coautores son además de los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, los que aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva. A diferencia de la conspiración, en la coautoría el coautor interviene en la ejecución del hecho delictivo. En la

coautoría se aplica el principio de imputación recíproca de las aportaciones ajenas del delito. Este principio implica que los hechos realizados por cada coautor son imputables al resto, de esta manera se considera a cada uno de los coautores como autor de la totalidad.

Se divide la coautoría en elementos subjetivos y objetivos: Los elementos subjetivos se basan en el acuerdo de voluntades que convierte en partes de un plan global unitario las distintas aportaciones, que se vinculan recíprocamente.

Los requisitos son:

- a. El hecho que se realice conjuntamente ha de ser típico.
- b. Debe de estar prevista la colaboración entre los coautores para alcanzar la finalidad.
- c. El hecho debe de ser recíproco. El acuerdo puede ser previo, simultáneo, expreso o tácito. No puede ser presunto.

Cabe la coautoría adhesiva que es cuando el acuerdo surge durante la ejecución. También cabe la coautoría sucesiva, que se produce cuando alguien suma su comportamiento al ya realizado por otro, a fin de lograr la conclusión de un delito cuyos actos ejecutivos ya habían sido realizados parcialmente por este. Hay un dolo común que abarca el conocimiento y voluntad de realizar el tipo conjuntamente. El elemento objetivo está basado en el condominio funcional del hecho que se subsume en la conducta típica.

- f) La participación. Se entiende por participación el hecho delictivo realizado por un conjunto de personas a las cuales se les impondrá la pena en función del modo de intervención en la comisión del delito. El comportamiento del partícipe depende del hecho principal el cual pertenece al autor, y por lo tanto su

infracción no es autónoma. El tipo del partícipe depende del tipo principal que se le atribuye al autor. g). La accesoriidad de la participación. La punición de la participación se debe a que se ha extendido el ámbito de personas responsables. Esta extensión se basa en el principio de accesoriidad.

La accesoriidad significa que la incriminación de la participación depende de la conducta que tiene el partícipe respecto de la conducta del autor.

Hay tres tipos de accesoriidad:

- Accesoriidad máxima, según la cual solo es punible si el autor actuó típica, antijurídica y culpablemente.
- Accesoriidad mínima según la cual es punible la participación en el caso en que el autor haya actuado típicamente y a pesar de que su conducta esté amparada por una causa de justificación. En tercer lugar, está el principio de accesoriidad limitada. Es el que mayor acogida tiene entre la doctrina y la jurisprudencia. Establece que la participación es accesoria respecto del hecho del autor el cual basta con que sea antijurídico.

2.4 Proceso penal

➤ CONCEPTO DEL PROCESO PENAL

Es una rama del Derecho que se ocupa de los órganos, medios y fines que hacen posible la aplicación del derecho penal. Siendo un derecho para el derecho y que desarrolla la garantía de justicia ofrecida por la Constitución. El derecho procesal es fundamental para poder hacerse efectiva las normas sustantivas: es de carácter público porque regula una de las funciones del Estado. Sus normas tienen

carácter impositivo y por tanto no pueden ser susceptibles de convenio o de denuncia, salvo situaciones excepcionales. Es público porque tiene la misión de hacer efectivo un derecho público como lo es el derecho penal que salvaguarda una necesidad social consistente en la persecución y prevención del delito. Vale decir que este derecho no solo está destinado a la investigación de los delitos para sancionar a los autores, sino además al estudio de la organización y funcionamiento de los organismos judiciales competentes.

➤ CARACTERÍSTICA DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Las características del derecho penal son las siguientes:

- a. Es una disciplina jurídica autónoma, independiente del derecho público, tiene terminología propia, no está subordinada a otra disciplina.
- b. Es una disciplina científica, ya que interesa un conocimiento racional de su normatividad con relación a la realidad concreta y sistemática porque conforma una unidad de conocimientos en conexión lógica entre sí. Mixán Mass señala que importa el conocimiento racional, objetivo, metódico, explicativo informativo, con terminología propia, sistemático, verificable y que conduce a la tecnificación.
- c. Determina la función jurisdiccional penal, se accede por los particulares o por el persecuidor público, de acuerdo a las reglas del ejercicio público de la acción penal; sus principios, garantías y derechos en los que se inspira y que lo rodean; la organización y funciones, así como los límites.

- d. Determinación de actos procedimentales necesarios para el cumplimiento de sus objetivos, la investigación, verificación del hecho punible, la búsqueda de los elementos probatorios para la determinación del delito, la autoría, responsabilidades y la imposición de la sanción o medida de seguridad.
- e. Determina el comportamiento de los sujetos procesales que intervienen en el proceso, regulando funciones, obligaciones y atribuciones que les corresponde cumplir al juez, fiscal, imputado, agraviado, defensa, terceros intervinientes y auxiliares judiciales. El rol que corresponde desempeñar a cada uno de ellos está establecido en la ley procesal y leyes orgánicas.
- f. Constituye un derecho realizador, ya que todas las normas en las cuales tiene su fuente forman parte de la realización del orden jurídico penalmente establecido.

➤ DOCUMENTOS EXISTENTES EN EL PROCESO

○ La pericia

Es un acto jurídico procesal mediante la cual se intenta obtener para el proceso un dictamen de una persona especialista que tenga conocimientos científicos, técnicos, artísticos o de experiencia calificada, que sean útiles para el descubrimiento o la valoración de la prueba.

La importancia de la pericia se hace evidente toda vez que el juez tiene la necesidad de ser ilustrado sobre diversos aspectos de los hechos

investigados que desconoce, los cuales podrán ser dilucidados mediante el estudio especializado.

- a) Definición. Es un medio de prueba formal a fin de que evacue una persona que tiene conocimientos de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada, a fin de suministrar al juez sobre un hecho que requiere de conocimientos especiales.
 - b) Regulación. Nuevo Código Procesal Penal en los artículos 172 a 181.
 - c) La pericia en caso de análisis.
- El testimonio
 - a) Definición. Es un acto jurídico procesal, donde el testigo, que es una persona natural, relata libremente los hechos relacionados con la investigación del delito, como los antecedentes del hecho, los coetáneos y subsiguientes, respecto a los acontecimientos delictuosos.
 - b) Regulación. Art. 162 a 172 del CPP.

2.5 La sentencia

La sentencia pone fin un conflicto, para que sea racional y razonable debe establecer los hechos materia de la controversia, desarrollar la base normativa del raciocinio, que permita calificar tales hechos de acuerdo a las normas pertinentes.

➤ DEFINICIÓN DE LA SENTENCIA

“Es el acto jurídico que se resuelve hetero compositivamente el litigio ya procesado, mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas

posiciones mantenidas por los antagonistas luego de evaluar los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el actor y de la aplicación particularizada al caso de una norma jurídica que preexiste en abstracto, con carácter general” (Alfaro, s. f).

La sentencia es una resolución judicial dictada por un juez o un tribunal mediante la cual pone fin al proceso o a la instancia; que ocurre en todos los procesos, como los procesos civiles, penales, laborales, contencioso-administrativos, constitucionales, etc.

➤ Estructura de la sentencia

El raciocino para todo pensamiento muy asentada en la cultura occidental:

a) Formulación del problema; b) Análisis y c) conclusión. Solamente como ejemplo plasmamos en matemáticas: planteamiento de problema, sigue el raciocinio y análisis y luego respuesta. En Ciencia experimental: formulación del problema, planteamiento de hipótesis, verificación de hipótesis y conclusión. En empresarial administrativa: planteamiento de problema, luego análisis y finalmente toma de decisión.

En derecho la estructura de la sentencia se divide en:

a) Parte expositiva.

Identificado como vistos, que es el planteamiento del problema, tema resolver, cuestión en discusión, otros; lo importante es definir con claridad el asunto y su arribo.

b) La parte considerativa.

Análisis, consideraciones sobre el hecho y sobre el derecho aplicable; es el razonamiento que contiene el análisis en doble, lo importante es la valoración y las razones.

c) La parte resolutive.

Es la decisión, es la conclusión del asunto, el mandato, que debe ser coherente con la parte considerativa y expositiva.

2.6 La prisión preventiva

2.6.1 Antecedentes generales

Mir Puig (2005) señala que “los antecedentes de la prisión preventiva son antiguos, pues se remontan a la vincula romana, lugar donde los atados, los vinculados (prisioneros de guerra) estaban custodiados para asegurar la validez de una detención hasta el cumplimiento de la condena correspondiente. Es decir, para esta civilización las prisiones solo fueron para recluir a los acusados hasta antes de una sentencia evitando su fuga”.

En ese sentido, Robles et al. (2012) señalan que “en el derecho romano, durante la República (Siglo V hasta el año 34 a de J.C.), la ley de las 12 tablas estableció plena igualdad entre el acusado y el ofendido, suprimió la prisión preventiva, hecha excepción de los casos de flagrante delito, crímenes contra el estado o para conductas o hechos acerca de los cuales existía confesión.

2.6.2 Concepto

La prisión preventiva es una medida coercitiva de carácter personal que consiste en la total privación del derecho a la libertad ambulatoria del imputado, mediante su ingreso en un centro penitenciario, durante la substanciación de un proceso penal. Representa la más grave intromisión que puede ejercerse en la esfera de la libertad del individuo, pues se aplica sin mediar todavía una sentencia penal firme que la justifique, razón por la cual debe ser cuidadosamente analizada, desde la perspectiva del derecho comparado, la interpretación constitucional y la reglamentación específica que emana de la ley adjetiva.

Por consistir en una auténtica anticipación de pena futura e incierta, la prisión preventiva se debe aplicar con una finalidad cautelar, único caso en que se podría justificar la privación de derechos de un imputado; en ese sentido, el Tribunal Constitucional. Respecto a la prisión preventiva, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también ha dejado sentado lo siguiente: 1) Que la prisión preventiva tiene como última finalidad asegurar el éxito del proceso, que no es una medida punitiva y que es una medida cautelar, cuyo objetivo es resguardar la eficiencia plena de la labor jurisdiccional (evitar la fuga y garantizar la presencia del imputado durante el proceso es típicamente cautelar, pero no lo es evitar la perturbación probatoria) (STC, Exp. N° 1567-2002-HC/TC, asunto Alejandro Rodríguez Medrano, de 5 de agosto de 2002; 2) Que, definida a partir de su función estrictamente cautelar, esta medida (...) Se justifica para garantizar la sujeción del imputado y para que en su momento pueda hacerse efectiva una posible sentencia condenatoria” (STC, Exp. N° 1730-2002-HC/TC, de 8 de agosto de 2002, párrafo 4); 3) Que es una medida que no puede constituir la regla, es por el contrario

excepcional, de carácter subsidiario, razonable y proporcional (STC, asunto Alejandro Rodríguez Medrano, de 5 de agosto de 2002, párrafo 4; 4) Que es una medida también provisional, cuyo mantenimiento solo debe persistir en tanto no desaparezcan las razones objetivas y razonables que sirvieron para su dictado (STC, Exp. N° 1091-2002-HC/TC, asunto Vicente Silva Checa, de 12 de agosto de 2002, párrafo 16); 5) Que el principio de proporcionalidad se expresa en que, sobre la base del grado de exigencia cautelar, la medida a dictarse debe ser la menos gravosa o aflictiva posible (STC, Exp. N° 612-2000-HC/TC, asunto Moisés Polo Giraldo, de 23 de agosto de 2000, párrafo 4); 6) Que en cuanto al principio de excepcionalidad sostuvo que “una interpretación coherente de la Constitución Política del Estado de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales, permite afirmar que la detención judicial en tanto importa la limitación más intensa del derecho fundamental a la libertad personal, sólo debe aplicarse excepcionalmente y bajo determinadas circunstancias legalmente configuradas” (STC, Exp. N° 500-2000-HC/TC, asunto Gregorio Martín Velarde Queirolo, de 25 de agosto de 2000); 7) Que la prisión preventiva “...solo procede en los casos en los que existan hechos objetivos y razonables que permitan concluir, de manera indubitable, que la no restricción de la libertad individual pondrá en riesgo la actividad probatoria, el éxito del proceso penal o posibilitará al procesado sustraerse a la acción de la justicia. Tal criterio, que es una exigencia de la eficacia directa del derecho a la presunción de la inocencia en todo proceso penal, está en relación directa con la naturaleza de la medida cuestionada, que no es otra que la de constituir una medida cautelar y no una medida punitiva” (STC recaída en el Exp. N° 808-2002-HC/TC, de 8 de julio de 2002, caso Carlos Zelada Dávila).

La prisión preventiva se debe dictar y mantener en la medida estrictamente necesaria y proporcional con los fines que constitucionalmente se persigue con su dictado. Si la ley prevé presupuestos adecuados a una finalidad cautelar se podrá hablar de respeto al principio de proporcionalidad, siempre que, a su vez, se excluyan todos los posibles espacios que avalen un análisis no excepcional de aquellos. “Si, por el contrario, se introducen valoraciones, tales como el “riesgo de reiteración delictiva”, la “alarma social”, etc., impropios de una medida cautelar y más próximos a las de seguridad o, incluso al uso indebido del proceso como instrumento de política criminal, la proporcionalidad será vulnerada y con ello el derecho fundamental (Cubas, 2005). Consciente de esta realidad, el Código Procesal Penal peruano de 2004 (en adelante NCPP) se aparta de regulaciones de dudosa constitucionalidad, que contemplan entre los fines de la prisión provisional algunos tan inadmisibles como la prevención de comisión de futuros delitos, más o menos indiscriminados o la satisfacción inmediata de las demandas sociales de seguridad. Este cuerpo de leyes contempla en su artículo 268 del Código Procesal Penal de (2004): 1. El juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva, si atendiendo a los primeros recaudos sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo. b) Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad; y c) Que el imputado, en razón a sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratará de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización). 2.

También será presupuesto material para dictar mandato de prisión preventiva, sin perjuicio de la concurrencia de los presupuestos establecidos en los literales a) y b) del numeral anterior, la existencia de razonables elementos de convicción acerca de la pertenencia del imputado a una organización delictiva o su reintegración a la misma, y sea del caso advertir que podrá utilizar los medios que ella brinde para facilitar su fuga o la de otros imputados o para obstaculizar la averiguación de la verdad”, como presupuestos habilitantes de la prisión preventiva, la evitación de la fuga del imputado y el aseguramiento de la investigación.

Monzon (2012), en su tesis titulada *Prisión preventiva después de la reforma constitucional de 2008* llega a la conclusión de que “la prisión preventiva es una figura muy parecida a la pena de prisión, ya que dentro de las similitudes esta es una privación real de libertad, sin embargo no existe certeza jurídica en la culpabilidad del procesado, constituyendo una ejecución anticipada de una supuesta pena, careciendo de fundamento y más aún violencia al principio de presunción de inocencia por medio de la cual nadie puede ser considerado como culpable hasta en tanto sea declarado como tal mediante sentencia condenatoria ejecutoriada.”

“La prisión preventiva constituye una limitación del esencial derecho a la libertad, adoptada sin lugar a dudas con infracción del de presunción de inocencia, lo que exige que, a la hora de su acuerdo, se adopten todas las prevenciones posibles y se huya de fórmulas automáticas o de reglas tasadas” (Asencio, 2003, p. 1).

Existe una dicotomía, porque la prisión preventiva por un lado lesiona el principio de inocencia, pero por otro es una medida constitucional. Esta situación contrapuesta exige que en la audiencia se debata el principio de proporcionalidad

que garantice en el imputado la presunción de inocencia. Esto tiene que ver con la arbitrariedad.

Por otro lado, el jurista Miranda (2015) manifestó lo que señaló Zaffaroni: “Su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión preventiva sea en nuestra realidad [refiriéndose a la argentina] la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de un recurso de revisión.” (p. 109), porque todavía en algunas latitudes como las nuestras imperan los sistemas tradicionales y tenemos juzgadores inquisitivos, ello se debe desterrar. Sin embargo, se concuerda con el autor en el sentido que la prisión preventiva es como una sentencia anticipada. Y si no lo es, porqué el Estado no indemniza de oficio a muchas personas que se ven afectadas por las medidas desproporcionadas. Obviamente el autor se ciñe a un contexto y país distinto, pero igual resulta valedero. En definitiva, se considera que la prisión preventiva es cuando se traba la libertad del individuo por el poder coercitivo del Estado para lograr el fin del proceso penal. Este fin lo constituye que esté el imputado en el juicio.

➤ FINALIDAD DE LA MEDIDA DE PRISIÓN PREVENTIVA

La finalidad de la medida es garantizar que el imputado esté en el proceso. También es garantizar que el imputado no logre fugarse o sustraerse del proceso penal iniciado o de la investigación penal. Pero se debe garantizar por un debido proceso en donde se respete la libertad a través del principio de proporcionalidad y no sea una medida abusiva y contradictoria.

➤ CARACTERÍSTICAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

- Es una medida excepcional.
- Es una medida provisional.
- Es una medida variable.

Para dictarla deben concurrir los siguientes principios:

➤ PRESUPUESTOS MATERIALES

El Código Procesal Penal de 2004 regula la imputación conocida también como *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y el peligro procesal conocida también como *peliculum in mora*. En ese sentido, los presupuestos materiales de la prisión preventiva se deducen de los artículos 268 a 271 del Código Procesal Penal.

- ❖ Fundados y graves elementos de convicción o apariencia de comisión delictiva (*fumus comisi delicti*): Este presupuesto se encuentra prescrita en el artículo 268 literal a, del Código Procesal Penal que señala que: “que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo”. Asimismo, informa que el hecho imputado debe ser constitutivo de delito, es decir, que la afirmación fáctica alegada por el fiscal debe tener carácter típico, antijurídico y culpable y en ciertos casos, punible. De allí que la prisión preventiva no procede en los casos de faltas o de infracción administrativa. Además, este requisito, también denominado “mérito sustantivo” o “supuesto material”, exige la comprobación ineludible de la posible responsabilidad del imputado en el hecho delictivo que se le atribuye.

Al fin de tener un mejor panorama analizaremos los conceptos de cada uno de los términos consignados en este artículo, según Cabanellas (1989):

Fundados: Con fundamento, constancias o argumentos que apoyan la realidad y lo que se propone o se sospecha.

Graves: Grande importante. De responsabilidad. Arduo o difícil. Dicho de delitos, el castigado con muerte, pena restrictiva de libertad de larga duración o multa cuantiosa.

Elementos: Fundados o parte esencial de alguna cosa. Parte, pieza o componente de algo. Datos o informes sobre un problema en cuestión.

Estimar: Apreciar, juzgar, dictaminar, tasación, valoración de una cosa.

Convicción: Convencimiento, idea o ideal firme. Certeza.

Convencimiento: Cambio de parecer o creencias por el conocimiento de nuevos y superiores elementos de juicio. Creencia sobre un hecho.

Convicción, certeza, íntima; cual necesaria en los jueces para admitir las probanzas o condenar por un delito.

Razonablemente: Ajustado a razón. Con sensatez, sin exageración ni abuso. En grado menor, verosímil o probablemente. “Nuestro ordenamiento regula de manera singular, porque exige la existencia de fundados y graves elementos de convicción que vincule al imputado con la realización del hecho delictivo que constituye el objeto de la investigación”.

- ❖ Pena probable o prognosis de pena: El legislador restringido normativamente esta medida de coerción procesal para los casos donde

la sanción a imponerse por el delito materia de investigación sea superior a los 4 años de pena privativa de libertad, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 268 del Código Procesal Penal, que al respecto señala “que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad”. Sin embargo, la pena a imponerse dentro de figura de la prisión preventiva tiene que ser una pena probable, pero de naturaleza concreta, que implica que “la proyección de la pena a imponerse que realice el juzgador implica que este, en grado de probabilidad, debe identificar el grado de ejecución del delito, las reglas aplicables en los casos de concursos de delito o de leyes, el grado de participación, alguna causal de responsabilidad restringida, alguna circunstancia atenuante o agravante, si el imputado se encuentra en algún supuesto de exención de pena, así como examinar si concurren o no los criterios propios de la individualización de la pena, entre otros”. Pero, teniendo en cuenta siempre la base de las evidencias fácticas y probatorias que aún se encuentran en investigación o en proceso.

- ❖ Peligro procesal o peligro en la demora (*periculum in mora*): Este presupuesto es determinante, y se encuentra prescrito en el literal c, del artículo 268, del Código Procesal Penal, que señala que: “el imputado en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratara de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”. Esto último, como fundamento esencial para que en cualquier caso el juez pueda decretar la medida de prisión

preventiva solicitada por el fiscal. El mismo que va a permitir que el proceso cumpla con la finalidad a la que ha sido invocada, esto es, que el proceso no se dilate indebidamente, que los plazos se cumplan y que se actúen los actos procesales en el momento indicado en el Código Procesal Penal. Los criterios sobre los que se puede materializar el *periculum in mora* son el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento. “Según la apreciación de las circunstancias del caso particular existe el peligro de que el imputado no se someterá al procedimiento penal ni a la ejecución”. En el mismo sentido, la Comisión IDH en el informe N° 02 del año 1997, estableció que para que la medida no se torne injustificada, la evidencia debe ser suficiente y no basarse en perjuicios o meros indicios. Y en el Informe N° 86 del año 2009, señaló que, el peligro procesal no se presume, debe razonablemente atender a circunstancias objetivas y ciertas que permitan formular un juicio de probabilidad positiva del peligro procesal (Informe N° 86/09, párrafo N° 85). En otros términos, para que la medida no se torne injustificada, la evidencia debe ser suficiente y no basarse en perjuicios o meros indicios.

- ❖ El peligro de fuga: Bajo este presupuesto se busca evitar que el curso del proceso y de una eventual imposición de una sentencia condenatoria, se vea impedida por no contar con la presencia voluntaria del imputado en los distintos actos procesales necesarios para ello. Precisamente, las medidas precautorias suplen esa potencial voluntad esquiva del individuo. La Corte IDH en el caso García Asto, entendió que, para la ponderación del peligro de fuga, la pena prevista en la ley para el delito

que se le imputa no constituye criterio suficiente para establecer la intención de eludir la acción de la justicia. El Código Procesal Penal, en el artículo 269, determina ciertos requisitos para calificar el peligro de fuga, señalando que el juez deberá detener en cuenta los siguientes presupuestos:

- El arraigo en el país del imputado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y de sus negocios y trabajo, y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.
 - La gravedad de la pena que se espera como resultado del procedimiento.
 - La magnitud del daño causado y la ausencia de una actitud voluntaria del imputado para repararlo.
 - El comportamiento del imputado durante el procedimiento o en otro procedimiento anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.
 - La pertenencia del imputado a una organización criminal o su reintegración a las mismas.
- ❖ Peligro de obstaculización: La obstaculización de la investigación en forma genérica debe ser entendida como el peligro que puede generar el imputado al utilizar su libertad para borrar o destruir las huellas o rastros del ilícito, como intimidar, sobornar o influenciar a testigos, entre otras posibilidades. La comisión IDH en el informe N° 02 del año 1997 señala que las autoridades judiciales deben demostrar igualmente que existen

fundadas razones para temer la intimidación de los testigos o sospechosos por parte del procesado.

El artículo 270 del Código Procesal Penal señala al respecto que para calificar el peligro de obstaculización se tendrá en cuenta el riesgo razonable de que el imputado:

- Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará elementos de prueba.
 - Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.
 - Inducirá a otros a realizar tales comportamientos.
- ❖ Proporcionalidad: Tanto la proporcionalidad, como la duración de la medida, son presupuestos que han sido incluidos como requisitos para la imposición de la prisión preventiva, a través de la ya famosa Casación de Moquegua. Tales argumentos, que ya fueron desarrollados en los principios que limitan la imposición de la prisión preventiva, evitando su uso indiscriminado y excesivo.
- ❖ Duración de la medida: La duración de la prisión preventiva se sustenta en el derecho al plazo razonable de la detención. Este consiste en que un Individuo acusado y detenido, tiene derecho a que su caso sea resuelto con la debida prioridad, en forma expeditiva y conducido con especial diligencia; además de tener como objetivo principal limitar el tiempo de detención y que la causa sea juzgada en un lapso breve. Es por ello, que el Código Procesal Penal en su artículo 272, señala que la duración de la prisión preventiva no durara más de nueve meses, y que, solamente

tratándose de casos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durara más de dieciocho meses. Asimismo, para los efectos del cómputo del plazo de la prisión preventiva, el artículo 275 del Código Procesal Penal, establece que o a su defensa, no se tendrá en cuenta el tiempo en que la causa sufre dilaciones maliciosas atribuibles al imputado o a su defensa; también, cuando se hubiere declarado la nulidad de todo lo actuado y dispuesto se dicte un nuevo auto de prisión preventiva, no considerara el tiempo transcurrido hasta la fecha de la emisión, de dicha resolución; finalmente, en los casos en que se declare la nulidad de procesos seguidos ante la jurisdicción militar y se ordene el conocimiento de los hechos punibles imputados a la jurisdicción penal ordinaria, en estos casos el plazo se computara desde la fecha en que se dicte el nuevo auto de prisión preventiva.

Asimismo, el propio Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N° 02915-2004-HC/TC que la razonabilidad del plazo de detención debe de evaluarse en atención a la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- La actuación de los órganos judiciales: En esta se debe evaluar si el juez penal ha procedido con prioridad debida y ha actuado con una diligencia especial en la tramitación de las causas en las que el inculpado se encuentre en condición de detenido.
- La complejidad del asunto: Esto supone que el juez debe tener en consideración factores tales como, la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad

probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados, o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil.

- La actividad procesal del detenido: En este caso es preciso distinguir el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la facultad de cooperación mediante la pasividad absoluta del imputado (muestras ambas del ejercicio legítimo de los derechos que el Estado constitucional permite), de la denominada defensa obstruccionista (signo inequívoco de la mala fe del procesado y, consecuentemente, recurso repudiado por el orden constitucional), adviértase un mayor desarrollo sobre el particular al momento de estudiar el peligro de entorpecimiento como uno de los criterios a tener en cuenta dentro del presupuesto del *periculum in mora*.

2.7 El recurso de apelación

Desde el punto de vista estrictamente semántico, apelar es recurrir al juez o tribunal superior para que revoque, enmiende o anule la sentencia que se supone injustamente dada por el inferior.

➤ EFECTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Iberico (2007) hace las siguientes consideraciones:

- Efecto devolutivo: Hace referencia a que la tramitación y resolución del recurso corresponde al órgano superior jerárquico al que dictó la resolución recurrida.

Sus manifestaciones son: Hace cesar los poderes del *a quo*. El *ad quem* asume el conocimiento de la causa para examinar lo decidido.

No devolutivo es el de reposición.

- Efecto suspensivo: Significa la imposibilidad de ejecutar la resolución judicial cuando el recurso es admitido en ambos efectos. Ejem.: El recurso de apelación contra sentencias y autos de sobreseimiento (art. 418.1 CPP.) No tiene efecto suspensivo lo dispuesto en el art. 412.2 CPP.
- Efecto extensivo: Significa que la interposición de un recurso por uno de los procesados favorece o se extiende a otros que se encuentran en la misma situación aun cuando no lo hayan deducido. Ejem: Lo dispuesto en el art. 408 CPP.
- Efecto diferido: Procede esta modalidad recursal en los procedimientos con pluralidad de imputados o de delitos, cuando dicte auto de sobreseimiento u otra resolución que ponga fin al ejercicio de la acción penal o que haga imposible que continúe respecto de alguno de ellos, estando pendiente el enjuiciamiento de los otros. En este supuesto, interpuesto el recurso y concedido, su remisión al tribunal *ad quem* se producirá cuando se dicte sentencia que ponga fin a la instancia.

III IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DE LOS PROBLEMAS PRESENTADOS

3.1 Problemas de fondo

3.1.1 Problemas accesorios

A. Determinar si el requerimiento de prisión preventiva fue solicitado por el órgano competente.

El Código Procesal Penal en su artículo 268, señala que el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá dictar mandato de prisión preventiva del requerimiento fiscal número 01, se evidencia que fue el fiscal provincial de la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huaraz, quien requirió la imposición de la prisión preventiva para el acusado Jorge Manuel Quito Astocondor, ante el juez de investigación preparatoria, cumpliéndose de esta manera con lo solicitado por el artículo inicialmente mencionado.

B. Determinar si el requerimiento de prisión preventiva cumple con los presupuestos materiales para la imposición de la prisión preventiva:

Que el artículo 268 del Código Procesal Penal señala que se podrá imponer la prisión preventiva cuando sea posible determinar la concurrencia de los siguientes presupuestos: a) “Que existan fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o participe del mismo”. b) “Que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de la libertad”. c) “el imputado en razón de sus antecedentes y otras circunstancias del caso particular, permita colegir razonablemente que tratara de eludir la acción de la justicia (peligro de fuga) u obstaculizar la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización)”.

En el presente caso, al evaluar el requerimiento fiscal de prisión preventiva, se desprende que dicho requerimiento sí cumplió con señalar los tres presupuestos materiales necesarios para la incoación de la prisión preventiva, presentando elementos de convicción que acreditarían la existencia del hecho criminal y su vinculación con los acusados. Asimismo, se señala, que, al encontrarnos ante un delito grave, como es el delito de robo agravado, la pena a imponerse superaría los cuatro años de pena privativa de la libertad. Y finalmente, sobre el último presupuesto, se argumenta que el investigado Jorge Manuel Quito Astocondor no acreditó las actividades que realizan; por ende, estando a la gravedad de la pena que les espera, hace colegir al Ministerio Público que el imputado tratará de eludir la acción de la justicia. Estando a lo expuesto, debo señalar que no estamos de acuerdo con la emisión de la prisión preventiva por parte del juez de investigación preparatoria de Huaraz, en tanto debió existir una ponderación de derechos y prevalecer el derecho fundamental de la libertad, ya que no se cumpliría con uno de los presupuestos del requerimiento de la prisión preventiva, que es el peligro procesal.

Establecida la existencia o no del peligro procesal debe determinarse a partir del análisis de una serie de circunstancias que pueden tener lugar antes o durante el desarrollo del proceso y que están ligadas, fundamentalmente, con las actitudes y valores morales del procesado, su ocupación, sus bienes, sus vínculos familiares y todo otro factor que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la libertad del inculcado, previa a la determinación de su eventual responsabilidad, pone en riesgo el correcto desenvolvimiento de la labor de investigación y la eficacia del proceso; y en el caso concreto no se ha valorado de manera objetiva ya

que todos los elementos de convicción ya estaban reunidos y no era necesaria la imposición de una medida cautelar como la prisión preventiva.

C. 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 349 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. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio; d) La participación que se atribuya al imputado; e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren; f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite; g) 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; y finalmente h) Los medios de prueba que ofrezca para su actuación en la audiencia. 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 realizado una correcta tipificación, en consideración los elementos hechos y jurídicos que establece la norma.

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; teniendo en el presente caso una reparación civil de S/ 600.00 soles, considerado para el recurrente como un monto adecuado.

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

En este aspecto consideramos que los acusados actuaron por dolo, ya que tenían conocimiento de la actuación que realizarían, así como tampoco se ha verificado la afectación a su estado de conciencia al momento de la comisión del evento, tal como se ha demostrado en el proceso.

E. 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 encuentran tipificados en el artículo 188 del Código Penal: “El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años”. Asimismo, con los agravantes previstos en el y 4 del primer párrafo del artículo 189 del Código Penal, que prescribe que “La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido: inciso 4. Con el concurso de dos o más personas. En el presente caso, para la imposición de la pena concreta se ha tomado en consideración los últimos criterios desarrollados por la Corte Suprema de la República y teniendo en cuenta,

como señala el autor Carlos Bernal Pulido, que el estándar de proporcionalidad tiene tres elementos: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad propiamente dicha, así como los indicadores objetivos y subjetivos que ayuden a medir la gravedad del delito, y el modo el grado de instrucción del imputado, quedando establecida de esa manera una pena concreta de trece años de pena privativa de libertad con el carácter de efectiva, para el acusado (Jorge Manuel Quito Astocondor), en su condición de autor, la cual fue apelada por el sentenciado respecto al extremo de la pena, aduciendo que se ha violado el debido proceso, por actuar medios de prueba no actuados en juicio oral y por la motivación aparente e insuficiente que incurre el colegiado al dictar la sentencia. En respuesta a la apelación, se pronunció la Sala mediante una sentencia de vista consentida y ejecutoriada, en la cual por unanimidad declararon fundada la apelación del sentenciado, revocaron la Resolución N° 19 de fecha 13 de setiembre de 2016, reformándola se resuelve absolver al procesado Jorge Manuel Quito Astocondor, en su condición de autor y dispone se deje sin efecto las órdenes de captura e internamiento emanadas en el presente proceso contra el encausado Jorge Manuel Quito Astocodor, ordenando la devolución de los actuados al juzgado para el trámite que corresponde.

En ese sentido de la revisión de los actuados en el presente proceso, concuerdo con la sentencia de vista (Resolución N° 27) de fecha 23 de febrero de 2017, en el extremo de la pena, donde de acuerdo con la determinación de la pena y la individualización de la imputación se ha llegado a la conclusión que debe de absolvérseles de la acusación fiscal planteada por el representante de Ministerio Público.

3.1.2 Problema principal

- A. Determinar si el procesado Jorge Manuel Quito Astocondor es responsable de la comisión del delito contra el patrimonio, robo agravado, en agravio de Reynaldo Jorge Tinoco Guerrero.

Del análisis del proceso, se infiere que el procesado Jorge Manuel Quito Astocondor no es responsable del delito contra el patrimonio, robo agravado; a razón de que 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. Así, en este caso no se ha probado a ciencia cierta la existencia del dinero robado, en tanto que durante el juicio oral y durante la investigación no se ha podido acreditar fehacientemente la responsabilidad del acusado, puesto que de la sola sindicación del agraviado no se puede determinar ni corroborar las acciones que desarrolló este para despojarlo de sus pertenencias; esto es, cometer el delito de robo agravado, mediando violencia contra su persona, entonces bajo ese orden de cosas, para los efectos de imponer una sentencia condenatoria, es preciso que exista certeza respecto a la materialidad del delito incriminado y la responsabilidad penal del encausado. En ese sentido, el *a quo* de segunda instancia resolvió por unanimidad absolver al acusado, por no existir verosimilitud, que en este caso no solo exige coherencia y solidez de la declaración, sino además debe estar rodeada de datos objetivos que la corroboren.

3.2 Problemas de forma

3.2.1 Problemas accesorios

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

El proceso en análisis se inicia en el año 2013 y se tipificó bajo los parámetros del artículo 188 y del artículo 189, primer párrafo, inciso 4, 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: Flagrancia
- Requerimiento de prisión preventiva: El requerimiento de prisión preventiva se regula en los artículos 268, 269 y 270 del Código Procesal Penal. Podemos ver que el requerimiento presentado por la Fiscalía si cumplió con los presupuestos mínimos para solicitar la imposición de la prisión preventiva.
- 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 fecha 13 de septiembre de dos mil dieciséis. Esta resolución, emitida por el Juzgado Penal Supraprovincial Permanente, cumple con los requisitos de forma, los cuales se establecen en los artículos 371, 375, 386 y 392, pero tampoco ha vulnerado los requisitos de fondo prescritos en el artículo 394, “requisitos de la sentencia”, según el cual debe existir la motivación clara y precisa, lógica y completa de cada hecho y circunstancia que dan por probada y la valoración de los medios de prueba. En ese sentido, al sentenciar por el delito de robo agravado en grado de tentativa, concordamos con dicha sentencia en tanto al momento de realizar la determinación de la pena sí se ha cumplido con valorar las reglas

y factores previstos en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del código sustantivo, así como la forma y circunstancias de la comisión del delito. De ese modo, se reduce la pena por someterse a la conclusión del juicio oral, así como la disminución por el tiempo en el establecimiento penitenciario.

- Sentencia de segunda instancia, de fecha 23 de febrero del año dos mil diecisiete: El juzgado o colegiado, con base en un análisis de la correcta determinación de los hechos que indudablemente afectan el debido proceso, por una falta de motivación, declara la nulidad de la sentencia. Asimismo, al no haber encontrado suficiente convicción probatoria de la existencia del delito, así como de la vinculación del procesado con este. De esta manera, declararon fundada la apelación interpuesta por el abogado del imputado Jorge Manuel Quito Astocondor, que corre a fojas 211 a 219, contra la sentencia de Resolución N° 19 de fecha 13 de setiembre del 2016
- Determinar si se cumplieron o no los plazos procesales:

El artículo 442 del Código 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, mientras que la audiencia de control y juicio oral se desarrollaron en cuatro años aproximadamente porque se declaró frustrada en varias oportunidades.

3.2.2 Problema principal

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 fueron respetados los principios procesales, aunque se cumplió de manera irregular el que prevé la Constitución Política en su artículo 139, inciso 5, que se refiere a la motivación de las Resoluciones Judiciales, pues la Ejecutoria Suprema no fue debidamente fundamentada; es decir, los fundamentos de hecho y de derecho que explican su razón de ser en cuanto a la sentencia de primera instancia.

IV JURISPRUDENCIA VINCULANTE AL TEMA

❖ Expediente N°: 4587-2013-14-1601-JR-PE-02, La Libertad

DÉCIMO OCTAVO.- En el nuevo modelo procesal penal corresponde a las partes sustentar sus medios de prueba de tal manera que formen convicción en el juzgador de que su teoría del caso es la que más se asemeja a los hechos, es la más creíble, siendo que en el caso que nos ocupa, mediante la inmediación, el juzgador encuentra sustento en la tesis inculpatoria que ha contado con la calidad y fuerza probatoria que acreditan no solamente la comisión del ilícito penal sino además la responsabilidad del acusado como coautor en mérito a lo expuesto en los considerandos precedentes, acreditándose además que el accionar del acusado fue realizado con pleno conocimiento y voluntad; su actuación ha sido a título de coautoría, pues evidentemente ha existido un reparto de roles, una concertación previa, asimismo el haber sido capturado en flagrancia delictiva, esto es, cuando pretendía darse a la fuga, por lo que en consecuencia al darse los presupuestos tanto objetivos como subjetivo del tipo penal materia de juzgamiento, con las pruebas actuadas en juicio, las cuales han sido contundentes, y al haberse mediante la actividad probatoria desvirtuado la presunción de inocencia del acusado y no presentarse causal de justificación alguna, al acusado le corresponde se le imponga sentencia condenatoria, es decir, se hace merecedor del *ius puniendi* estatal por haber vulnerado el bien jurídico protegido por la ley como es el patrimonio del agraviado.

❖ Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A

Que el momento consumativo requiere la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva, debe ser potencial, esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída.

❖ Recurso de nulidad N° 347-2004-Junín, Robo-Lesiones

“El artículo 189 del CP establece una circunstancia agravante de tercer grado: si se producen lesiones graves como consecuencia del robo, la pena será de cadena perpetua. La referida norma en el inciso uno determina que si se comete el robo se causa lesiones a la integridad física o mental de la víctima la pena será no menor ni mayor de treinta años. En esa misma línea, el artículo 188 CP- robo agravado, modificado por la Ley N°27472, del 5 de junio de 2001, exige para su comisión que el agente emplee violencia contra la persona, en cuyo caso se sancionará al agente con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ochos años. En consecuencia, es del caso determinar, desde las características y entidad de las lesiones producidas a la víctima, cuándo se está ante un delito de robo simple, cuándo se ha cometido el agravado del inc. 1 del artículo 189 CP y, finalmente, cuándo es del caso sancionar por el subtipo especialmente agravado del párrafo final del artículo 189 CP”. (Acuerdo Plenario N° 3-2008/CJ-116)

❖ Recurso de Nulidad N° 4172-2004-Chincha

13.6 Reconocimiento por parte del agraviado: “Tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun 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, resentimiento, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza. Delito contra el patrimonio – robo agravado 47 b) Verosimilitud, que no solo 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”.

❖ Acuerdo Plenario 2/2005

13.7 ROBO. Elementos objetivos y subjetivos del tipo “Para la configuración del delito de hurto es necesario que se cumpla con los tipos objetivo y subjetivo contenidos en la norma penal; así: i) el hurto constituye el tomar una cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño; ii) debe existir un apoderamiento, que presupone una situación de disponibilidad real anterior que se vulnera tomando el agente una posición igual en todo a la de un propietario, pero sin reconocimiento jurídico afectándose el poder de disposición real del propietario; iii) que el objeto sobre el cual recae la acción sea un bien mueble ajeno; iv) que exista dolo (elemento subjetivo del tipo): esto es la voluntad consciente de desarrollar el tipo de injusto; v) por último además se exige el “animus de obtener un provecho”, que no es otra

cosa que la intención de obtener un beneficio que resulta de la incorporación de la cosa en el propio patrimonio, concibiéndose como el deseo de obtener cualquier provecho ya sea de utilidad o ventaja, habiéndose establecido en la doctrina que “los elementos subjetivos solo pueden ser objeto de prueba indirecta, pero es preciso señalar y probar los hechos básicos que conducen a la afirmación del dolo”.

V CONCLUSIONES

PRIMERA: Se ha establecido los elementos esenciales para la configuración del delito, como la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, mediante un análisis de preclusividad, la tipificación del hecho, evidencia de la descripción de los hechos y circunstancias objeto de la acusación, así como la evidencia de la calificación jurídica del fiscal, tomando en cuenta tanto la tipicidad objetiva, como la tipicidad subjetiva, puesto que ambas concurren para la configuración del delito. En tal sentido, se evidencia el análisis de la conducta, el sujeto y el objeto material, así como también el dolo, la culpa y las finalidades adicionales que se establecen en la ley penal. Consecuentemente, se llevó a cabo un adecuado análisis de tipicidad.

SEGUNDA: La pretensión del acusado se mantuvo durante todas las etapas del proceso.

TERCERA: Es evidente que, en casos como este, la prisión preventiva no fue ni era necesario, pues los fines de aseguramiento que busca el proceso penal han sido conseguidos a través de la imposición de una medida de restricción menos gravosa a los derechos fundamental de la libertad, como es la comparecencia con restricciones, puesto que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material, tampoco puede asumir funciones preventivas que están reservados a la pena, sino, únicamente, una finalidad de carácter procesal, la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstaculización de la investigación; en caso contrario, se estaría pervirtiendo su finalidad y naturaleza, y carecería de toda justificación.

CUARTA: En cuanto a las sentencias, se realizó la selección de los hechos probados e improbados, elemento imprescindible, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan las pretensiones. El caso en concreto no es la excepción en cuanto a la problemática de la justificación jurídica monopolizada por largo tiempo la atención prestada a la exigencia de fundamentación de las decisiones judiciales. De un tiempo a esta parte, sin embargo, la justificación de la cuestión fáctica ha ganado nueva visibilidad como garantía del derecho a la prueba y condición de legitimidad del poder judicial. Desde la primera perspectiva, se destaca cómo el derecho de las partes a presentar pruebas en un proceso público y contradictorio se vuelve ilusorio si es que no comprende la exigibilidad de una respuesta justificada del juez, en la que se dé cuenta que las pruebas aportadas han sido tomadas en consideración y valoradas racionalmente. El segundo punto de vista pone de relieve, en cambio, la amplitud de los espacios abiertos al ejercicio discrecional del poder del juez en el ámbito de la valoración de la prueba.

QUINTA: En cuanto a la sentencia de vista, se realizó una adecuada actuación probatoria poniendo en cuestión la fiabilidad de las pruebas. Se realizó el análisis individual de la fiabilidad y validez de los medios probatorios; si la prueba practicada puede considerarse fuente de conocimiento de los hechos, se verificó los requisitos requeridos para su validez. Así mismo, se realizó una adecuada determinación de la tipicidad (adecuación del comportamiento al tipo penal), con razones normativas, jurisprudenciales, doctrinarias lógicas y completas haciendo un nexo y el derecho aplicado que justifican la decisión. Del mismo modo, se

destaca cómo el derecho de las partes a presentar pruebas en un proceso público y contradictorio se vuelve ilusorio si es que no comprende la exigibilidad de una respuesta justificada del juez,

SEXTA: Con respecto a la sentencia de la sala, con esta la recurrente está de acuerdo, toda vez que está debidamente motivada la sentencia, en tanto justifica la absolución del acusado, por no existir los requisitos de certeza, que exige nuestro ordenamiento jurídico, tales como la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verisimilitud y la persistencia en la incriminación; por lo tanto, no se puede acreditar de forma fehaciente la responsabilidad del acusado, basándose que en la solo sindicación del agraviado, no se puede determinar ni corroborar el desarrollo de las acciones, puesto que los elementos valorados como prueba no tenían la identidad suficiente para generar convicción, debido a que existen razones opuestas que generan duda razonable en el juzgador; por ende, prevaleció la presunción de inocencia del imputado y corresponde a su absolución.

VI REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, R. (2002). El recurso de apelación en materia penal. *Iuris Dictio*, 3(6).
<https://doi.org/10.18272/iu.v3i6.590>
- Asencio, J. M. (2005). La regulación de la prisión preventiva en el Código Procesal Penal del Perú. En *El nuevo proceso penal. Estudios fundamentales*. Palestra.
- Cabanellas, G. (1989) *Diccionario enciclopédico de derecho usual. Tomo IV. Revisada, actualizada y ampliada* (21.^a ed.). Editorial Heliasta.
- Carrión, J. (2016). *Auto instructivo de prisión preventiva*.
<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/685/MANUAL%20PRISION%20PREVENTIVA.pdf?sequence=4&isAllowed=y>
- Código Penal. (1991, 4 de abril). Congreso de la República del Perú. Diario Oficial El Peruano.
- Constitución Política del Perú. (1993, 29 de diciembre). Congreso Constituyente Democrático de 1992. Diario Oficial El Peruano.
- Cubas, V. (2005). *El nuevo proceso penal: Estudios fundamentales*. Palestra.
- Del Rio, G. (2017). La prisión preventiva en el Nuevo Código Procesal Penal: presupuestos, procedimientos y duración. *Actualidad Jurídica*, (160). Gaceta Jurídica.
- Francisco, A. (2017). *La prisión preventiva y el principio de proporcionalidad en el Distrito Judicial de Cañete 2016* [Tesis de maestría, Universidad César Vallejo]. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/7513>
- Gimeno, V., Moreno, V., Almagro, J.; Cortés, V. (1990). *Derecho procesal penal. Tomo II* (3.^a ed.). Tirant lo blanch.

- Iberico, F. (2007). *Código Procesal Penal. Manuales operativos*. Academia de la Magistratura. https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3270_5.pdf
- Mir Puig, S. (2005). *Derecho penal. Parte general* (7.^a ed.). Euros Editores.
- Monzon, R. (2012). *Prisión preventiva y después de la reforma constitucional de 2008* [Tesis de pregrado, Universidad Autónoma de México]. <https://repositorio.unam.mx/contenidos/389872>
- Paredes, J., Pinedo, C., Oré, E., Sosa, Peña, A., Balcazar, J., Tello, J. & Bravo, C. (2013). *Robo y hurto*. Gaceta jurídica.
- Pleno jurisdiccional de los vocales de lo penal de la Corte Suprema de Justicia de la República. *Sentencia plenaria Nro. 1-2005/DJ-301-A*. Lima, 30 de setiembre de 2005.
- Pujadas, V. (2008). *Teoría general de medidas cautelares penales*. Marcial Pons.
- Robles, E., Robles, L. & Flores, V. (2012). *Garantías de la presunción de inocencia*. Editorial FFECAT.
- Rojas, F. (2000). *Delito contra el patrimonio. Vol. I*. Editorial Grijley.
- Roy Freyre, L. (1983). *Derecho penal peruano. Delitos contra el patrimonio. Tomo III*. Instituto Peruano de Ciencias Penales.
- Salinas, R. (2010). *Delitos contra el patrimonio* (4.^a ed.). Editora Jurídica Grijley.
- San Martín, C. (2001, 31 julio - 3 de agosto). La privación cautelar de la libertad en el proceso penal peruano [conferencia]. *Seminario Internacional sobre el Proceso Penal: Temas actuales desde una perspectiva comparada y derecho brasileño*. Sao Paulo.
- Tribunal Constitucional ha señalado en el Expediente N° 02915-2004-HC/TC.

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



**INFORME DE EXPEDIENTES JUDICIALES PARA OPTAR EL
TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

EXPEDIENTE N°: 2011-129-PCA-CEJ-Y

MATERIA: PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

AUTOR:

BR. CARLA MILAGROS RODRÍGUEZ PÉREZ

ASESOR:

JULIO CESAR PALA GARCÍA

HUARAZ, PERÚ

2021



ÍNDICE

RESUMEN.....	iv
ABSTRACT.....	v
I RESUMEN DEL EXPEDIENTE CIVIL.....	1
1.1 Etapas procesales.....	1
1.1.1 Demanda proceso contencioso administrativo en lo laboral.....	1
1.1.2 Admisión de la demanda a trámite	11
1.1.3 Contestación de la demanda	11
1.1.4 Fijación de puntos controvertidos	14
1.1.5 Sentencia	15
1.1.6 Recurso de apelación.....	22
1.1.7 Dictamen fiscal.....	24
1.1.8 Resuelven la apelación.....	34
1.1.9 Recurso de casación	39
1.1.10 Resuelven recurso de casación.....	44
1.1.11 Voto discordante	58
1.1.12 Dictamen fiscal.....	72
II MARCO TEÓRICO	80
2.1 El proceso contencioso administrativo	80
2.1.1 Definición.....	80
2.1.2 El régimen del contencioso administrativo en la Constitución Política del Perú	81
2.1.3 Finalidad del proceso contencioso administrativo	81
2.1.4 Los principios del proceso contencioso administrativo: principio de integración.....	82
2.1.5 Objeto del proceso contencioso administrativo	85
2.1.6 La pretensión en el proceso contencioso administrativo	86
2.1.7 Tipos de pretensión en el proceso contencioso administrativo.....	86
2.1.8 Elementos de la pretensión.....	88
2.2 El proceso especial.....	92
2.2.1 Conceptos.....	92
2.2.2 Los puntos controvertidos en el proceso contencioso administrativo.....	93

2.2.3 Los sujetos del proceso	95
2.2.4 La demanda y la contestación de la demanda	98
2.2.5 Agotamiento de la vía administrativa	100
2.2.6 El acto administrativo	102
III IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DE LOS PROBLEMAS PRESENTADOS	107
3.1 Problema principal	107
3.2 Problemas accesorios	108
IV JURISPRUDENCIA VINCULANTE AL TEMA	110
V CONCLUSIONES	112
VI REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	114

RESUMEN

En el Perú, tanto el acto jurídico como el acto administrativo, tienen a la nulidad como uno de los supuestos de invalidez, lo que es consecuencia del incumplimiento de uno o más requisitos de orden legal. Así, la Ley del Procedimiento Administrativo General N° 27444, en su artículo 1, numeral 1.1, define el concepto de acto administrativo, y en sus artículos 3, 5 y 6 precisa los requisitos de validez de los actos administrativos, así como las causales de nulidad. De esta manera, la Ley del Procedimiento Administrativo General establece como causal de nulidad la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. En tal sentido, el acto administrativo que sea emitido sin observar la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias es nulo y, por lo tanto, no debe surtir efectos. En ese marco, en el presente expediente materia del informe se tiene como demandante a Octavio Felipe Ángeles Bambaren, y como parte demandada, a la Unidad de Gestión Educativa Local de Yungay, en el proceso sobre nulidad de resolución administrativa, siendo el fallo de primera instancia fundada la demanda interpuesta por el demandante, puesto que no debe existir diferenciación donde la ley no establece diferencias. Conforme con el objetivo del informe, que es el de sintetizar y analizar el desarrollo del proceso, así como conocer a profundidad cada una de las etapas, se analiza si existen falencias, incongruencias, contradicciones y criterios de los magistrados, en el marco de la normatividad y doctrina existentes.

Palabras clave: nulidad, proceso, impugnación.

ABSTRACT

In Peru, both the legal act and the administrative act have nullity as one of the assumptions of invalidity, which is a consequence of non-compliance with one or more legal requirements. Unlike other countries, in ours, the General Administrative Procedure Law No. 27444, in its article 1 numeral 1.1 defines the concept of administrative act, and in its articles 3, 5 and 6, specifies the validity requirements of the acts administrative, as well as the grounds for nullity. Our Law of General Administrative Procedure, Law No. 27444, establishes as grounds for nullity, the contravention of the Constitution, the laws or the regulations in that sense the administrative act that is issued without observing the Constitution, the laws or the regulations regulations, is null and, therefore, should not take effect. In this case file, the subject of the report, the plaintiff is Octavio Felipe Ángeles Bambaren, as the Respondent to the Local Educational Management Unit of Yungay, in the process on nullity of administrative resolution, being the ruling of first instance founded the lawsuit filed by the plaintiff, therefore there should be no differentiation where the law does not differentiate. According to the purposes of the report, which is to synthesize and analyze the development of the process and as well as to know in depth each of the stages, observing if there are shortcomings, inconsistencies, contradictions and criteria of the magistrates, taking into account the regulations and doctrine respectively.

Keywords: nullity, process, challenge

**DATOS GENERALES DEL EXPEDIENTE CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

EXPEDIENTE N° : 2011-129-PCA-JEC-Y

DEMANDANTE : OCTAVIO FELIPE ÁNGELES BAMBAREM

DEMANDADO : DIRECTOR DE LA UNIDAD DE GESTIÓN
EDUCATIVA LOCAL DE YUNGAY Y OTROS.

MATERIA : PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

JUZGADO : JUZGADO MIXTO DE YUNGAY

2022

I RESUMEN DEL EXPEDIENTE CIVIL

1.1 Etapas procesales

1.1.1 *Demanda proceso contencioso administrativo en lo laboral*

Octavio Felipe Ángeles Bambaren, con DNI N° 33323803, interpone demanda de proceso contencioso administrativo en lo laboral, contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Yungay, y al director regional de Educación de Ancash.

➤ **PETITORIO**

Se declare la nulidad total de la Resolución Directoral Ugel Yungay N° 0893 del 20 de agosto de 2010, y como consecuencia la Resolución Directoral Regional N0775 del 30 de marzo del 2011, se ordene que se cumpla con abonarme la bonificación especial mensual real, equivalente al 30 % de mi remuneración total, que me corresponde, en mi calidad de profesor por concepto de preparación de clases y evaluación, en aplicación del mandato expreso contenido en el art. 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por Ley N° 25212, concordante con el art. 210 de su reglamento, aprobado por D.S. N° 19.90-ED, toda vez que a la actualidad se me viene abonando solo la suma de treinta y tres Y 06/100 nuevos soles (S/. 33.06), no obstante corresponderme la suma de doscientos ochenta y nueve y 17/100 nuevos soles (S/. 289.17).

Acumulativamente, solicito que, en forma accesoria, se sirva ordenar que la demandada cumpla con reintegrarme en calidad de devengados, el monto diferencial que se me adeuda, descontando la irrisoria suma que se me otorga por dicho concepto, a partir del 14 de diciembre de 1984, teniendo en cuenta que el

derecho Bonificación requerida fue aprobada en dicha fecha, por mandato de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por Ley N°25212, para lo cual se procederá a la liquidación que corresponda, con arreglo a Ley, tomando en cuenta que al servicio de la educación, en calidad de profesor, mediante Resolución Directoral.

➤ **FUNDAMENTOS DE HECHO**

1. El recurrente, ingresé a prestar mis servicios en el sector educación, en mi finalidad profesor, mediante Resolución Directoral Zonal N° 1110 del 24 de mayo de 1984 (anexos 1.b), cumpliendo con mis funciones hasta el 8 de febrero de 1993, en el Colegio Santa Inés de Yungay. Yungay, como se aprecia de la Resolución Directoral USEY N° 00248, del 24 de junio de 1993 (anexo 1.c) y como tal mis derechos se encuentran enmarcadas dentro de lo dispuesto por el art 48 de la Ley N°24029, Ley del Profesorado, modificada por Ley N° 25212. Concordante con lo dispuesto por el art. 210 de su reglamento, aprobado por D.S. N° 19-90-ED vigentes a la fecha. y por lo mismo el profesorado nos regimos por nuestra propia ley especial, siendo aplicable las demás disposiciones legales solo en el vacío que pudiera existir y de modo supletoria, que no es el caso, pero que la demandada a sabiendas del monto del beneficio que me corresponde se niega en cumplirla, por lo que deberá hacerse efectivo por mandato judicial.
2. El caso, señor juez, es que la demandada solo me otorga a la actualidad la suma de treinta y tres 06/100 nuevos soles (S/. 33.06), como aparece de mi boleta de pago (anexos 1 d.) no obstante que, por dicho concepto, es decir

por la bonificación especial mensual real debe abonarme la suma de doscientos ochenta y nueve y 17/100 nuevos soles (S/. 289.17), considerando el 30 % de mi remuneración total, cuyo monto se encuentra registrada en mi boleta de pago antes referida, razón esencial por la cual recurro a la vía jurisdiccional, a efectos de que se cumpla estrictamente lo que la ley ordena y la Constitución ampara, como puede verificarse de su art. 26 ins 2) 3) de la Carta Magna. Al respecto debo señalar que la recurrente, acogiéndome a los alcances de lo dispuesto por el art. 19 numeral 2) de la Ley N° 27584, modificado por el Decreto Legislativo N° 1067 del 28 de junio de 2008, por cuanto el derecho en cuestión se encuentra dentro del alcance del tercer caso del inc. 2) del art. 4, cuya pretensión ampara el inc. 4) del art 5 de la ley en comento, he requerido a la demandada para que cumpla con abonarme la bonificación especial mensual real, equivalente al 30 % de mi remuneración total, por concepto de preparación de clases y evaluación, y me reintegre los devengados que me adeudan desde el 14 de diciembre de 1984, por cuanto la bonificación requerida fue aprobada en dicha fecha, por Ley N° 24029. Ley del Profesorado, modificada por Ley N° 25212, toda vez que dichas disposiciones legales, que nos rigen a la actualidad, siguen aún vigentes y no han sido modificadas y mucho menos derogadas.

3. No obstante, la demandada expidió la Resolución Directoral UGEL-Yungay N° 0893, su fecha 20 de agosto de 2010, declarando IMPROCEDENTE mi solicitud (anexo 1.f), frente a la cual interpose el recurso de apelación, recepcionado como Exp. N° 11183, del 09 de

setiembre de 2010 (anexo 1.g), la misma que fuera declarada INFUNDADO, en ambos casos, considerando disposiciones ajenas a la obligación normativa del derecho petitionado que ampara el art. 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por Ley N°25212, concordante con el art. 210 de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°19-90-ED.

4. En vista de tales resoluciones, y considerando no haberse tenido en cuenta y los antecedentes acompañados a mi apelación y mi petición del 09 de setiembre y de 2010, recepcionado como Exp.N°11183 (anexo 1.i), formulé NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO según Exp.N° 22993 del 03 de diciembre de 2010 (anexo 1.j). adjuntando, incluso, antecedente de resolución administrativa favorable, dictado por el Tribunal del Servicio Civil, denegándome el concesorio mediante Resolución Directoral Regional N° 0775, su fecha 30 de marzo de 2011 (anexo 1.k), razón por la que me veo en la imperiosa necesidad de recurrir al Órgano Jurisdiccional, con el propósito de encontrar justicia, aplicando con mejor y sabio criterio los alcances de las disposiciones legales citadas que amparan mi derecho a la bonificación del 30% sobre mi remuneración total, y no como se viene aplicando en forma equivocada, sobre mi remuneración total permanente, a sabiendas de la claridad señalada en el art. 48 de la Ley N°24029, Ley del Profesorado, modificada por Ley N°25212, confirmada por el art. 210 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°19.90.ED.
5. Sobre la materia, siendo las normas glosadas las que regulan los derechos del profesorado, es la aplicable en lo que a mi corresponde, máxime si el art.

26, inc. 2) y 3), de la Constitución Política del Perú, resuelve con precisión que los derechos reconocidos por la Constitución y la ley tienen el carácter irrenunciable, y en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, está a la interpretación favorable al trabajador, que el juzgador en razón de pleno derecho sabrá resolver con justicia, por cuanto la contraria se niega en cumplir como es debido, a sabiendas que, en similar caso del derecho, ha resuelto en forma favorable el Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, sobre el Exp. N° 2009-01109-0-401-JR-C1-10, correspondiente al profesor Romulo Puma Curse, la misma que, en ejecución de sentencia, la Unidad de Gestión Educativa Local de Arequipa Sur, ha dispuesto su cumplimiento, mediante Resolución Directoral N°03964, su fecha. 14 de agosto de 2009 (anexo 1.1), y la Resolución N°776-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, expedida por el Tribunal del Servicio Civil (anexo II), que fueran presentadas en su debida oportunidad a la demandada, durante el trámite administrativo, que no fueron tomados en cuenta al momento de resolver sus insustanciales resoluciones, que el Juzgado sabrá calificarlos en su conducta procesal.

6. Al respecto, también presento a su digna consideración la sentencia recaída sobre el Exp.N°2009-2074-0-1701-J-CI-6, resuelta por Resolución N°6, del 01 de octubre de 2009 que, en similar caso del derecho reclamado, ha dictado el Sexto Juzgado Civil de Chiclayo, en la demanda interpuesta por el profesor Charles Sanchez Maldonado, contra la Dirección Regional de Lambayeque (anexo 1.m), la sentencia recaída sobre el Exp.N° 02059-2009-0-1706-JR- C1-05, resuelta por Resolución N°7, del 06 de enero de

2010 que, en similar petición del derecho reclamado, ha dictado el Quinto Juzgado Civil de Chiclayo, en la demanda interpuesta por el profesor Alain Boris Sanchez, contra la Dirección Regional de Educación de Lambayeque (anexo 1.n), cuyos precedentes ruego se sirva tenerlos presente al momento de resolver la presente demanda.

7. Así como también, pido se sirva tener en consideración la Resolución N°673-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 24 de agosto de 2010, en el caso de la profesora Carla Giannina Lindembert Alcalde (anexo 1.ñ), y la Resolución N°761-2010-SERVIR/TSC- Primera Sala, del 31 de agosto de 2010), en el caso del profesor Antonio José García Nova (anexo 1.0), dictadas en forma favorable, por el Tribunal del Servicio Civil, en relación con el mismo derecho invocado.

➤ **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

El presente proceso contencioso administrativo se sustenta en lo dispuesto por la Ley N°27584 y su modificatoria, regulada por el Decreto Legislativo N°1067 del 28 de junio de 2008 y los alcances de la Ley N°29364, la Ley N°24029 Ley del Profesorado, modificada por Ley N°25212 y su reglamento aprobado por D.S.N°19-90-ED.

➤ **MONTO DEL PETITORIO**

El monto del petitorio alcanza a la suma de S/. 289.17 nuevos soles mensuales, así como los devengados que debe resolverse en liquidación oportuna, más los intereses, y los daños y perjuicios ocasionados en mi agravio, por la renuencia de

cumplir por parte de la autoridad demandada, con deducción del irrisorio monto otorgado.

➤ **VÍA PROCEDIMENTAL**

La presente demanda, se servirán tramitar en la vía del proceso especial, 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.

➤ **MEDIOS PROBATORIOS**

1. El mérito de mi boleta de pago que prueba la remuneración total que percibo actualmente, que asciende a la suma de S/.963.92 nuevos soles, sobre la cual debe aplicarse el 30%, y que la demandada solo me abona la suma de S/.33,06, tal como aparece en el rubro BONESP de dicha boleta, contraviniendo lo dispuesto por el art. 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por Ley N°25212 y los alcances del art. 210 de su reglamento, aprobado por D.S. N°19-90-ED.
2. El mérito de la carta notarial, que obra en poder de la demandada, a quien se la requerirá, para que ponga a disposición del juzgado, que prueba mediante la cual haya requerido a la demandada, para que cumpla con abonarme la bonificación especial mensual real, real, equivalente al 30 % de mi remuneración total y el pago de los devengados, que me corresponde en aplicación del art. 48 de la Ley N°24029, Ley del Profesorado,

modificada por Ley N°25212, concordante con el art. 210 de su reglamento, aprobado por D.S.N°19-90-ED.

3. El mérito de la Resolución Directoral UGEL-Yungay N°0893, del 20 de agosto de 2010, que prueba haber declarado improcedente mi solicitud, sin fundamento válido alguno, recurriendo al equivocado argumento de estar cumpliendo con el pago del 30 % sobre la RTP (Remuneración Total Permanente), cuando lo correcto debe abonárseme sobre mi remuneración total.
4. El mérito del Exp.N°11183, del 09 de setiembre de 2010, que prueba haber interpuesto el recurso de apelación, frente a la insulsa negativa de la demandada, acompañando la Resolución Directoral N°03964 del 14 de agosto de 2009, que fuera expedida por la Unidad de Gestión Educativa Local UGEL Arequipa Sur, en ejecución de sentencia, dispuesta por el Séptimo Juzgado Civil de Arequipa, en relación con el caso del profesor Rómulo Puma Curse, sobre el mismo derecho invocado.
5. El mérito de la Resolución directoral regional, que obra en poder de la demandada que deba poner a disposición del juzgado, que prueba haberseme declarado infundado mi apelación, recurriendo como la apelada a argumentos contradictorios, violentando el principio constitucional del art. 26, incs. 1), 2) y 3) de la Constitución Política del Perú, sin el mínimo análisis de la normatividad vigente del art. 48 de la Ley N°24029, Ley del

- Profesorado, modificado por Ley N° 25212, concordante con los alcances del art. 210 de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°19-90-ED.
6. El mérito de la solicitud del 20 de setiembre de 2010, recepcionada como Exp. N°11509, que prueba haber solicitado la canalización de la apelación interpuesta y alcanzado a la demandada la Resolución N°776-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 31 de agosto de 2010, para mejor ilustración del derecho invocado.
 7. El mérito del Exp.N°22993, del 03 de diciembre de 2010, que prueba haber formulado la nulidad de acto administrativo, al no haberse procedido con arreglo a lo dispuesto por el art. 17 del Decreto Legislativo N°1023, publicada el 17 de agosto de 2010, y el Fundamento Jurídico 23 de la Resolución de Sala Plena N°001- 2010-SERVIR/TSC, la cual no obstante ser precedente de observancia obligatoria, en los casos materia del derecho en cuestión, la demandada la obvió en clara demostración del irrespetuoso comportamiento procesal, que el Juzgado se servirá considerar al momento de resolver.
 8. El mérito de la Resolución Regional N°0775, del 30 de marzo 2011, que prueba haberse negado el concesorio solicitado, razones por el cual, y al ver obstaculizado el derecho que me corresponde y la demandada se niegan en aceptar y concederme, acudo al Órgano Jurisdiccional en busca de encontrar justicia, por lo que procede la presente demanda en virtud de lo dispuesto por el art. 5, numeral 4), concordante con los arts. 18 y 19 numeral 2) de la

Ley N° 27584, modificada por Decreto Legislativo N°1067 del 28 de junio de 2008.

9. El mérito de la Resolución Directoral N°03964 del 14 de agosto de 2009, que prueba mediante la cual la Unidad de Gestión Educativa Local de Arequipa Sur ha resuelto otorgar la Bonificación Especial, al profesor Rómulo Puma Curse de la Institución Educativa “Juan Pablo Vizcardo y Guzmán”, del distrito de Jacobo D. Hunter, Arequipa, dando cumplimiento al mandato judicial, dictada por Sentencia N°085-2009, emitida por el Séptimo Juzgado Civil de la Corte Superior de Arequipa, en similar situación de derecho que el recurrente, que el juzgador se servirá tener presente al momento de resolver, considerando el principio constitucional del art. 2, inc. 2) y 26 inc. 1) de la Constitución Política del Perú.
10. El mérito de la sentencia del 01 de octubre de 2009, dictada por Resolución N°06, Exp.N°2009-2074-0-1701-J-C1.6 y la sentencia del 06 de enero de 2010, dictada por Resolución N°7, Exp.N°02059-2009-0- 1706-JR-C1-05, que prueban haber resuelto similar derecho que la recurrida, contra la Dirección Regional de Lambayeque, por los Juzgados en lo Civil de Chiclayo.
11. Los méritos de la Resolución N°673-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, del 24 de agosto de 2010, Resolución N°761-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, y Resolución N° 776-2010-SERVIR/TSC-Primera Sala, ambas del 31 de agosto de 2010, a favor de la profesora Carla Giannina Lindembert Alcalde, profesor Antonio José García Nova, y profesor Sosimo Morales Ramirez, respectivamente, resueltos y por el Tribunal del Servicio Civil, en situación

similar al derecho que invoco, y ruego que el juzgador se sirva considerarlos al momento de resolver con justicia.

12. Los méritos de las resoluciones directorales, que prueban y demuestra que presté servicios al Estado en el Sector Educación, en mi calidad de profesor, mediante Resolución Directoral Zonal N° 1110, del 24 de mayo de 1974, habiendo cesado el 08 de febrero de 1993.

1.1.2 Admisión de la demanda a trámite

Con resolución N°1 de fecha 20 de abril del 2011, ADMITIR a trámite en vía de proceso especial la demanda interpuesta por Octavio Felipe Ángeles Bambaren, sobre proceso contencioso administrativo, la misma que deberá de entenderse con el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Yungay, y con el director regional de educación de Ancash; por ofrecido los medios probatorios de esta parte; córrase traslado de la demanda por el término de diez días a fin que los demandados lo absuelvan dentro de dicho plazo, bajo apercibimiento de declarárseles en la condición jurídica de rebeldes en caso de no hacerlo; con conocimiento del procurador público del Gobierno Regional de Ancash.

1.1.3 Contestación de la demanda

PETITORIO

Solicitando que la misma con Resolución de su Despacho sea declarada Infundada, en atención a los siguientes fundamentos de hecho y derecho:

➤ **FUNDAMENTOS DE HECHO**

1. Que el demandante recurre al proceso contencioso administrativo solicitando se declare la nulidad de la Resolución Directoral Regional N° 0775, que le deniega su solicitud de nivelación de bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de la remuneración total; debiendo manifestar al respecto que las resoluciones administrativas materia de impugnación, se han emitido en estricta observancia a las normas jurídicas que sobre la materia regulan, sin incurrir en causal de nulidad prevista en el artículo 10, de la Ley N° 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General; en consecuencia, se trata de actos administrativos válidos y dotados de la capacidad de y producir sus efectos conforme al ordenamiento jurídico.
2. Que, el Decreto Supremo N° 051-91-PCM establece las "normas Reglamentarias orientadas a determinar los niveles remunerativos de los funcionarios, directivos, servidores y pensionistas del Estado en el marco del Proceso de Homologación, Carrera Pública y Sistema Único de Remuneraciones y Bonificaciones" en su artículo N° 8 precisa que "Para Efectos Remunerativos se considera:
 - a) Remuneración Total Permanente. Aquella cuya percepción es regular en su monto, permanente en el tiempo y se otorga con carácter general para todos los funcionarios, directivos y servidores de la Administración pública y está constituida por la remuneración, bonificación personal, bonificación: familiar, remuneración transitoria para homologación y la bonificación por refrigerio y movilidad.

- b) Remuneración Total. Es aquella que está constituida por la remuneración total permanente y los conceptos remunerativos adicionales otorgados por Ley expresa, los mismos que se dan por el desempeño de cargos que implican exigencias y/o condiciones distintas al común.
3. Que, asimismo el artículo 9 del mencionado decreto supremo, precisa que las bonificaciones, beneficios y demás conceptos remunerativos que perciben los funcionarios, directivos y servidores otorgado en base al sueldo, remuneración o ingreso total serán calculados en función a la remuneración total permanente, con excepción de los siguientes casos:
- a) Compensación de Tiempo de Servicios que se continuarán percibiendo en base a la remuneración principal que establece el presente Decreto Supremo.
- b) La Bonificación Diferencial a que se refieren los Decretos Supremos N° 235-85- EF; 067-88-EF y 232-88-EF se continuarán otorgando tomando como base de cálculo la Remuneración Básica establecida por D.S. N° 028-89-PCM.
- c) La Bonificación Personal y el Beneficio Vacacional que se continuará otorgando tomando como base de cálculo la Remuneración Básica establecida por D.S. N° 028-89-PCM.
4. Que, en mérito a los dispositivos legales señalados en los párrafos precedentes, se viene otorgando a la recurrente la Bonificación Especial por

Preparación de Clases, lo cual se puede acreditar con las boletas de pago adjuntas en la demanda, específicamente en el rubro (+ BONESP).

5. Que, de otro lado se debe tener en consideración que según solicita la recurrente el reconocimiento de devengados desde la vigencia del Decreto Supremo N° 019-90-ED, es decir desde julio de 1990 hasta la fecha han transcurrido aproximadamente 20 años sin que la demandante haya solicitado reconocimiento de derecho alguno y/o haya demostrado descontento con el pago realizado, hechos que se deberán tomar en consideración para declarar infundada la presente demanda, máxime si se ha cumplido con pagar el 30 % por preparación de clases en forma puntual. aproximadamente

➤ **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

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, Ley N° 28411.

1.1.4 Fijación de puntos controvertidos

PRIMERO: Determinar si corresponde declarar la nulidad total de la resolución.

SEGUNDO: Determinar si corresponde declarar la nulidad total de la Resolución Directoral Regional N° 0775 del treinta de marzo del dos mil once, y como consecuencia de ello se ordene a las demandadas cumplir con abonar la

bonificación especial mensual equivalente al treinta por ciento de su remuneración total que le corresponde en calidad de profesora, por concepto de preparación de clases y evaluación, en aplicación del artículo 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212.

TERCERO: Determinar si corresponde ordenar que las demandadas cumplan con reintegrar en calidad de devengados, el monto diferencial que se adeuda, des contando la suma que se le otorgó por dicho concepto a partir del catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, teniendo en cuenta que el derecho a la bonificación requerida fue aprobada en dicha fecha para lo cual se procederá a la liquidación; admitieron y actuaron los medios probatorios ofrecidos por las partes por lo que emitido que fue también el dictamen fiscal de fojas ciento cuatro a ciento siete, con la opinión porque se declare fundada la demanda.

1.1.5 Sentencia

Con resolución n.º 12 del 28 de octubre del 2012 se expide sentencia:

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que, el artículo primero de la Ley número 27584 establece que “la acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Estado tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración pública sujetas al derecho administrativo y a efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”; por ende, la demanda contencioso administrativa tiene por objeto se declare la invalidez ineficacia de las resoluciones que son objeto de la pretensión, lo que permite al

órgano jurisdiccional establecer no solamente que adolecen de algún defecto formal o sustancial que sea causa de su nulidad, sino también revocar la decisión administrativa cuando se niegue al administrado un derecho reconocido por la Constitución o la Ley (Casación Número 1060-97/Lima-Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República).

SEGUNDO: Que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley número 27444 —Ley del Procedimiento Administrativo General— son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias; 2) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14, 3) Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la probación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición; y, 4) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

TERCERO: Que, el artículo 3 de la Ley Numero 27444, precisa cuáles son los requisitos de validez de los actos administrativos, siendo éstos: 1) Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión; 2) Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal

modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación: 3) Finalidad pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad; 4) Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico; 5) Procedimiento regular.- antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

CUARTO: Que, en cuanto al primer punto controvertido, de autos fluye que habiendo el ahora demandante solicitó el reajuste del pago de la bonificación por reparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total, así como se le reintegre por el mismo concepto el monto diferencial que se le adeuda desde el catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, sustentando su pedido en el artículo 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212, concordante con el artículo 210 de este reglamento, aprobado por D.S. N° 19-90-ED; sin embargo, la demandada, mediante Resolución Directoral UGEL-Yungay N° 0893, del veinte de agosto del dos mil diez de fojas cinco, materia de impugnación, declaró improcedente dicha solicitud, bajo el argumento de que existe prohibición de atender la petición por estar ya percibiendo dicha

bonificación en el rubro denominado BONESP de su boleta de pagos; por lo que habiendo a su vez el administrado interpuesto el correspondiente recurso de apelación de fojas seis a siete contra la citada resolución, la Dirección Regional de Educación de Ancash emitió la Resolución Directoral Regional Número 0775 del treinta de marzo del dos mil once, que corre a fojas doce, declarando a su vez infundado dicho recurso, materia también de nulidad, y confirmado el acto administrativo apelado así como por apelada la vía administrativa.

QUINTO: Que, al emitirse las resoluciones impugnadas, si bien es cierto que se han citado las normas legales pertinentes y aplicables al derecho reclamado por el administrado, sin embargo, no han sido materia de correcta interpretación ni aplicación, negándose en ese sentido a acatar debidamente la norma legal a la que se contraen el artículo 48 de la Ley del Profesorado y 210 de su reglamento aprobado por D. S. N° 19-90-ED, que en forma expresa establecen que “el profesor tiene derecho a percibir una bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total”; en efecto, para determinar la base de cálculo consistente en la remuneración total percibida por la servidora, la demandada no ha tenido en cuenta la definición al respecto establecida en el artículo 8 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM, por el cual “Para efectos remunerativos se considera: a) Remuneración Total Permanente.- Aquella cuya percepción es regular en su monto, permanente en el tiempo y se otorga con carácter general para todos los funcionarios, directivos y servidores de la Administración pública; y está constituida por la Remuneración Principal, Bonificación Personal, Bonificación Familiar, Remuneración Transitoria para Homologación y la Bonificación por Refrigerio y Movilidad. b) Remuneración Total.- Es aquella que

está constituida y por la Remuneración Total Permanente y los conceptos remunerativos adicionales otorgados por Ley expresa, los mismos que se dan por el desempeño de cargos que implican exigencias y/o condiciones distintas al común, ya que si nos remitimos a la Boleta de Pago del demandante que corre a fojas cuatro, se puede colegir que por el concepto reclamado la demandada solo le abona la suma de treinta y tres y 06/100 nuevos soles, es decir calculando el monto en base al treinta por ciento de su remuneración total permanente y no de su remuneración total como le corresponde. Imperativo legal que evidentemente no ha aplicado la demandada, al haber asignado al administrado pagos diminutos por los conceptos materia de reclamo, por lo que al haberse agotado la instancia administrativa como se ha acreditado, resulta amparable la pretensión, mandando que la autoridad emplazada cumpla estrictamente con lo establecido en las normas antes invocadas materia de proceso; todo con afectación a los presupuestos del Sector, que tienen la obligación de expedir, con lo que han quedado inclusive aclarados el Primer y Segundo Puntos controvertidos.

SEXTO.- Que, en tal sentido, se ha incurrido en error de derecho al denegarse el pago íntegro previsto por la Ley por los conceptos de bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al treinta por ciento de su remuneración total al demandante, deviniendo por lo tanto en nula la resolución denegatoria de fojas seis, así como los actos administrativos que denegaron el recurso de apelación y otro de la administrada, contenidos en la Resolución Directoral Regional de fojas doce, por haberse dictado contrariando la Constitución y las Leyes. Con lo que ha quedado aclarado también el primer punto controvertido.

SÉTIMO.- Que, por tanto, en cuanto al Tercer Punto Controvertido, como consecuencia de la declaración de nulidad de las resoluciones materia de impugnación resulta procedente ordenar que la demandada cumpla con abonar la bonificación especial mensual real equivalente al 30% de su remuneración total, en calidad de profesor, por concepto de preparación de clases y evaluación, en aplicación del mandato contenido en el artículo 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212, concordante con el artículo 210 de su Reglamento, aprobado por D.S. N° 19-90-ED, así como el reintegro de devengados, el monto diferencial que se le adeuda, a partir del catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, constituyendo esta una pretensión accesorio, debe seguir la suerte de la principal y en ese sentido debe la demandada proceder a reajustar el pago de la bonificación que le corresponde a la demandante en un equivalente al treinta por ciento de su remuneración total, así como a cancelar a su favor los devengados correspondientes a la regularización de la bonificación por el concepto reclamado desde el catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, más los intereses legales generados por el incumplimiento del pago adecuado de conformidad con lo establecido en los artículos 1242 y 1245 del Código Civil concordante con la Ley N° 25929, que norma el pago de intereses legales en materia laboral.

OCTAVO: Que, el artículo 45 de la Ley 27584- Ley que regula el proceso contencioso administrativo, dispone que las partes del proceso contencioso administrativo no podrán ser condenadas al pago de costos y costas.

En consecuencia, por los fundamentos expuestos, dispositivos citados y conformidad con lo opinado por la señora representante del Ministerio Público en

el dictamen de fojas ciento cuatro a ciento siete, administrando justicia a nombre de la nación FALLO:

DECLARANDO: FUNDADA la demanda de fojas treinta a treinta y siete, interpuesta por don Octavio Felipe Angeles Bambaren, vía proceso contencioso administrativo, seguido contra el señor Director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Yungay-UGEL-YUNGAY y contra el señor director regional de educación de Ancash, con citación del señor procurador del Gobierno Regional de Ancash; por tanto DECLÁRENSE: NULOS los siguientes: actos administrativos: a) La Resolución Directoral UGEL Yungay N° 0893 su fecha veinte de agosto del dos mil diez; y, b) La Resolución Directoral Regional N° 0775 del treinta de marzo del dos mil once; que corren en autos a fojas cinco y doce, respectivamente consecuentemente ORDENO que la entidad demandada Unidad de Gestión Educativa de Yungay - Ugel Yungay, cumpla con reajustar el pago de la bonificación por preparación de clases y evaluación en un equivalente al treinta por ciento de la remuneración total del demandante; y, con cancelar los devengados correspondientes a la regularización de la bonificación por preparación de clases y evaluación desde el catorce de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro, con la deducción de los montos abonados por dicho concepto, más intereses legales que se liquidaran en ejecución de sentencia; sin costos ni costas, por consiguiente, consentida y/o ejecutoriada y además ejecutada que sea por la presente resolución ARCHÍVESE en forma definitiva remitiéndose para el efecto y con las formalidades de ley al Archivo Central de la Sede de Corte: NOTIFÍQUESE a las partes y al representante del Ministerio Público.- Una firma de la señora juez doctora Lida Graciela Antúnez Guimaray- Jorge Iván Flores Varillas, Secretario.

1.1.6 Recurso de apelación

➤ FUNDAMENTOS DEL AGRAVIO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

1. Que, la sentencia materia del presente recurso falla declarando fundada la demanda contencioso administrativa interpuesta por Octavio Felipe Angeles Bambaren, declarándose nulos, la Resolución Directoral UGEL Yungay N° 0893, de fecha veinte de agosto del año dos mil diez y la Resolución Directoral Regional N° 0775, de fecha treinta de marzo del año dos mil; consecuentemente ORDENO que la entidad demandada Unidad de Gestión Educativa de Yungay - UGEL -Yungay, cumpla con reajustar el pago de la bonificación por preparación de clases y evaluación, en un equivalente al treinta por ciento de la remuneración total del demandante; y con cancelar los devengados correspondiente a la regularización de la bonificación por preparación de clases y evaluación.
2. Que, estando al fallo anteriormente mencionado se puede advertir que la señora juez de la causa no ha tenido en cuenta que para el caso de las gratificaciones que es materia de la pretensión de la accionante, existen normas donde se ha precisado y/o aclarado respecto a los montos de bonificaciones, con es el caso concreto de los artículos 8 y 9 del Decreto Supremo N° 051 – 91 PCM, que establecen:
 - Artículo 8.- Para efectos remunerativos se considera:
 - a. Remuneración Total Permanente.- Aquella cuya percepción es regular en su monto permanente en el tiempo y se le otorga con carácter general para todo los funcionarios, directivos y servidores de la Administración pública; y está constituida por la Remuneración

Principal, Bonificación por Refrigerio y Movilidad.

b. Remuneración Total.- Es aquella que está constituida por la Remuneración Total permanente y los conceptos remunerativos adicionales otorgados por Ley expresa, los mismos que se dan por el desempeño de cargos que implican exigencias y/o condiciones distintas al común.

➤ Artículo 9.- Las Bonificaciones, beneficios y demás conceptos remunerativos que perciben los funcionarios, directivos y servidores otorgado en base al sueldo, remuneración o ingreso total serán calculados en función a la Remuneración Total Permanente, con excepción de los casos siguientes:

a. Compensación por tiempo de servicio se continuarán percibiendo en base a la Remuneración principal que establece el presente Decreto Supremo.

b. La Bonificación Diferencial a que se refiere los Decretos Supremos N° 235-85-EF.

c. La bonificación personal y el beneficio vacacional se continuarán otorgando tomando como base de cálculo la Remuneración Básica establecida por el D.S N° 028-89- PCM.

3. Que, asimismo resulta a ser presente que la Unidad de Gestión Educativa de Yungay es un entidad eminentemente normativa, el titular del pliego viene a ser el Gobierno Regional de Ancash y como tal está en la obligación en coordinación con el Ministerio de Economía Finanzas a solicitar la ampliación del presupuesto a fin de factibilizar el pago que le corresponde

la accionante; entendiéndose que no existe renuncia de parte de nuestra representada para conocer y efectivizar el pago correspondiente, sino que no contamos con el presupuesto respectivo, tratándose de un problema netamente presupuestal, mas no jurídico legal.

4. En este sentido, de acuerdo al ordenamiento jurídico en materia civil, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional examine la resolución que produzca agravio, con el propósito de que sea anulado o revocado y teniendo en cuenta lo señalado en este extremo solicito, que el superior en grado a mérito de la presente apelación revise la sentencia recurrida y oportunamente declare infundada la demanda en cuanto a lo que respecta a mi representada.

1.1.7 Dictamen fiscal

➤ FUNDAMENTOS

Respecto a la doble instancia.

1. La doble instancia en su calidad de derecho fundamental se encuentra debidamente amparada en el inciso del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, concordante con el art X del Título Preliminar del Código Procesal Civil, el cual tiene su fundamento en la revisión que efectuará el Superior Jerárquico a las Resoluciones que contempla la ley, emitidas por el que, a fin de examinar la recurrida y meritar si se ha cumplido con la debida aplicación de la normativa tanto sustantiva como adjetiva para su emisión, y luego de ello pronunciarse al respecto, siendo sus atribuciones el anular confirmar o revocar total o parcialmente el

pronunciamiento del juzgador de instancia inferior.

2. Sin embargo, el pronunciamiento del superior se encuentra limitado a la extensión del recurso, pudiendo el Superior solo pronunciarse por los temas propuestos por el apelante, hecho que se expresa con el aforismo *tantum devolutum quantum appellatum*, salvo que se trate de asuntos vinculados a la indefensión o atentado contra el derecho al debido proceso, casos en los que el Superior podrá emitir pronunciamiento excediendo a los temas impugnados.

Sobre los objetivos del proceso contencioso administrativo.

3. El proceso contencioso administrativo, tiene su fundamento constitucional en el artículo 148.4 de la Carta Magna del Estado, el mismo que tiene por finalidad ejercitar el control jurídico por el Poder Judicial, de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo, y brindar una efectiva tutela a los derechos e intereses de los administrados, que pudieran encontrarse vulnerados o amenazados a consecuencia de la actuación o acto administrativo emanados de la autoridad administrativa, excediendo los límites propios del poder, en consecuencia el objeto del proceso contencioso administrativo, constituye el amparo de una pretensión interpuesta por un administrado, quien hace de conocimiento una lesión en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, lesión que ha sido causada por una actuación administrativa meramente objetiva e ilegítima, o bien por una situación de inactividad formal del órgano administrativo; en tal virtud, la doctrina precisa que “el fin último del proceso contencioso-administrativo

será entonces, la tutela de las situaciones materiales perjudicadas o afectadas por una actuación administrativa sometida al derecho administrativo”.

4. Cabe destacar como característica de nuestro proceso contencioso administrativo el amparo a las pretensiones de plena jurisdicción, en merito a ello el proceso no solo se circunscribe a la anulación de las actuaciones que vulneran derechos de los administrados; sino, también aplica de manera obligatoria remedios que brinden una adecuada y efectiva protección a los derechos lesionados o amenazados de ser vulnerados. “De este modo, la efectiva tutela se obtiene como el reconocimiento de situaciones jurídicas desconocidas o puestas en duda, con el restablecimiento de las lesionadas o amenazadas, con la restitución, reparación, resarcimiento, o cualquier otra medida o remedio concreto que permita satisfacer el interés que subyace a cada una de ellas”.

Delimitación del petitorio.

5. El presente proceso, contiene acumulativamente cuatro pretensiones, las mismas que son: Primero.- que se declare la de nulidad total de la Resolución UGEL Yungay N° 0893 su fecha 20 de agosto de 2010 mil diez, y de la Resolución directoral regional N° 0775, su fecha 30 de marzo de 2011; Segundo.- Se ordene a la autoridad administrativa cumpla con reconocer al demandante la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación ascendente al 30 % por ciento de su remuneración total, teniendo como base del cálculo la remuneración total y no la remuneración total permanente; Tercero.- Se le reintegre lo dejado de percibir a partir del 14 de diciembre de 1984 por tal concepto al estar

percibiendo el treinta por ciento de su remuneración total permanente; y,
Cuarto.- La expresa condena de los intereses legales.

Respecto al tipo de remuneración que debe servir de base para el cálculo de las bonificaciones especiales.

6. En primer término debe establecerse bajo qué tipo de remuneraciones deben pagarse los beneficios que son otorgados en la Ley del Profesorado; la indicada norma prevé hasta tres tipos de beneficios que deben otorgarse siendo estos: el subsidio por luto y gastos de sepelio previstos en el art. 51, el beneficio otorgado por haber cumplido 20 y 25 años de servicios la mujer, y 25 y 30 años de servicios el varón previsto en el art. 52; y la bonificación por la preparación de clases previsto en el art. 48.
7. En atención a ello, tenemos que respecto al pago de los beneficios otorgados en los artículos 51 y 52 de la Ley del Profesorado conforme lo prescribía el artículo 1° del Decreto Supremo N° 041-2001-ED, las remuneraciones deberían ser entendidas como remuneraciones totales'; sin embargo el aludido Decreto Supremo fue derogado por el Decreto Supremo N° 008-2005-ED, publicado el tres de marzo de 2005, el mismo ha sido declarado ilegal e inaplicable en su totalidad mediante la sentencia de fecha siete de setiembre del dos mil siete, expedida por la Corte Suprema en el Proceso de Acción Popular N° 438-07 seguido por Roberto Zanabria Atausupa; por consiguiente al haber sido declarado ilegal e inaplicable el decreto supremo que a su vez derogaba el Decreto Supremo N° 041-2001-ED, se entiende que es de aplicación para el pago de beneficios lo establecido en la Ley del Profesorado. Es necesario precisar que con la derogatoria del Decreto

Supremo N° 041-2001-ED, por el Decreto Supremo N° 008- 2005-ED, se permitió que el artículo gol del Decreto Supremo N° 051-91-PCM recobre sus efectos, y ante el hecho puntual que dicha norma se contraponía a lo previsto en la Ley del Profesorado, conforme lo expresó la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, el Decreto Supremo N° y 008-2005-ED devenía en inconstitucional, en atención a que la Ley del Profesorado es de mayor jerarquía, en estricta observancia de lo previsto en el Artículo 51° de la Constitución Política del Estado, razón por la cual se declaró inaplicable en su totalidad y con efectos generales el aludido decreto Supremo.

8. Así también es preciso señalar que el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, fue publicado en el Diario Oficial el 06 de marzo de 1991, bajo el amparo de la Constitución Política de 1979, cuyo Artículo 21101 en su inciso 20, facultaba al presidente de la República en materia económica y financiera a dictar medidas extraordinarias, pero de ningún modo establecía que dichas normas tuviesen fuerza de ley, pues recién el numeral 19 del Artículo 118 de la Constitución Política del Perú de 1993, cuya vigencia data a partir del 31 de diciembre de 1993, brinda tal atributo a las normas de carácter económico y financiero, en tal virtud, queda claro que el aludido Decreto Supremo N° 051-91- PCM no tenía fuerza de ley en la fecha que fue emitido y publicado, por ende no podía contraponerse a la Ley del Profesorado N° 24049, modificada por Ley N° 25212, y 52015, otorgan al docente a percibir remuneraciones integras por el fallecimiento de un familiar directo o al cumplir 20 y 25 años de servicios.

Respecto al beneficio especial que otorga el artículo 48 de la Ley del Profesorado:

9. De lo expuesto se concluye que los beneficios que establece la Ley del Profesorado y su Reglamento deben ser abonados teniendo como base la remuneración total; y en “atención al principio de especialidad, entendido como la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad” es totalmente legal que el beneficio que contempla el artículo 48 de la Ley N° 24029. Debe ser calculado de forma análoga a lo previsto para el cálculo de los beneficios que estipulan los artículos 51 y 52 de la citada ley en tal virtud, resulta pertinente citar el fundamento N° 5 de la Resolución expedida por la Primera Sala del Tribunal Constitucional, que precisa lo siguiente:

“A efectos de determinar los montos de los subsidios que corresponden al demandante por el fallecimiento de un familiar directo y por gastos de sepelio, es necesario tener en cuenta los conceptos que integran la remuneración total prevista en el artículo 8, inciso b), del Decreto Supremo N.º 051-91-PCM. En el caso de autos, se aprecia que los subsidios se calcularon sobre la base de la remuneración total permanente, y no de la remuneración total, razón por la cual debe estimarse la demanda”.

10. Por tanto, al existir identidad entre el petitorio de los docentes que demandan el pago por fallecimiento de familiar y gastos de sepelio, y por cumplir 20, 25 y 30 años de servicios, con el pago del 30 % por preparación de clases y evaluación, y al encontrarse los indicados beneficios previstos

en una misma ley, gozan de la misma plenitud aplicativa de las normas de su propósito, así como le es aplicable la jurisprudencia en razón a que son beneficios similares y de la misma tratativa a nivel jurisdiccional; siendo de aplicación el aforismo jurídico "A igual razón, igual derecho", en este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional precisando: "En consecuencia, corresponde amparar la demanda en los términos solicitados, pues los actos administrativos de la demandada, para casos similares, imponen que, para el presente caso, sea aplicable el principio de igual razón, igual derecho" al evidenciarse que el reclamo del recurrente es idéntico al solicitado por los recurrentes ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y siendo el Perú un país integrante del tratado ante la CIDH, se debe amparar la solicitud del recurrente en consideración al precepto y axioma que manda: a igual razón igual derecho" Concluyéndose, que tanto el beneficio que otorga el artículo 48 de la Ley del Profesorado como los otros que se encuentran bajo su contexto, tienen que ser pagados teniendo como base la remuneración total.

Respecto a la obligatoriedad de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional:

11. Si bien es cierto que los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia señalada en el fundamento 10 del presente dictamen no constituye jurisprudencia vinculante, sin embargo, debe tenerse presente que conforme a lo dispuesto en el art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional "los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y

principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, siendo así las normas aplicables al presente caso deben ser interpretadas por los operadores jurídicos conforme a la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional en las sentencias precisada.

Sobre el efecto retroactivo del acto administrativo:

12. En cuanto, a la pretensión de la demandante de que el reintegro se haga efectivo a partir del 14 de diciembre de 1984, puesto que ésta es la fecha de su ingreso a laborar a favor del Estado; tal extremo deviene en infundado en el entendido que la Ley del Profesorado N° 24029 fue modificada por la Ley N° 255212 publicada el domingo veinte de mayo de mil novecientos noventa, por ende su vigencia data a partir del veintiuno de mayo de 1990, en este orden de ideas la bonificación reclamada se encuentra vigente desde la vigencia de la ley, fecha a la cual debe retro traerse los efectos del beneficio solicitado.

Respecto a las causales de nulidad del acto administrativo:

13. En el caso de autos resulta imprescindible determinar si las resoluciones materia de nulidad adolece de una o más causales de nulidad previstas en el artículo 1001 de la Ley N° 27444; en tal sentido, cabe precisar que el primer inciso del indicado artículo prescribe que es causa de nulidad de pleno derecho, aquel acto administrativo que haya sido emitido en contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias, por tanto luego de analizada la Resolución Regional N° 0893 que declara improcedente la

solicitud del abono de la bonificación del 30 % por concepto de preparación de clases y evaluación calculado sobre la remuneración total del demandante así como los reintegros dejados de percibir se advierte que ésta ha sido emitida contraviniendo los alcances del Artículo 48° de la Ley del Profesorado, por tanto deviene en nula, encontrándose incurso en el primer numeral del artículo 10 de la Ley N° 27444.

14. Respecto a la Resolución Directoral Regional 0775 que deniega el concesorio del recurso de nulidad interpuesta por el administrado, la misma igualmente adolece de nulidad pues no obstante que el recurso impugnatorio presentado por el administrado contra la resolución 3104 fue resuelto por autoridad incompetente (Dirección Regional de Educación de Ancash), ya que el indicado recurso debió ser resuelto por el Tribunal de Servicio Civil conforme a lo dispuesto en el art. 17 del D. Leg 1023y Fundamento de la Resolución de Sala Plena N° 001- 2010-SERIR/TSC, se denegó el concesorio, contraviniendo el art. 17 del D. Leg 1023, por ende la resolución se encuentra incurso en lo dispuesto en el inciso 1 del Art. 10 de la Ley 27444.

En cuanto a los intereses.

15. De la demanda se advierte que es también pretensión del demandante la condena de intereses legales; al respecto se tiene que precisar que los intereses legales generados por la incorrecta aplicación del artículo 48 de la Ley del Profesorado en efecto deben ser calculados y pagados en ejecución de sentencia, teniendo en consideración lo previsto por el artículo 12420 del Código Civil.

Respecto a la obligación de la UGEL Yungay

16. Debe tenerse presente que el acto primigenio que vulneró los derechos del administrado fue emitido por la UGEL Yungay, siendo así le corresponde a tal entidad subsanar los errores incurridos y otorgar al demandante el beneficio solicitado conforme a ley, entidad que deberá realizar los trámites pertinentes para dar cumplimiento a la presente sentencia; asimismo es menester tener presente lo dispuesto por el Tribunal Constitucional en el fundamento 11 de la sentencia expedida en el Exp. N°3717-2005-AC Fundamento que precisa: “Es decir se ha creado una discusión en torno al cumplimiento de una resolución en estrecha relación con la posibilidad de pago de la entidad administrativa. Al respecto este Colegiado considera necesario insistir en que las autoridades administrativas no pueden usar el pretexto de la falta de fondos para no acatar una resolución constitucional y legal, motivo por el cual las autoridades demandadas se encuentran obligadas a acatar y observar la resolución Directoral N° 788-2003UGE-S, que ella misma ha emitido (...)”.

➤ OPINIÓN FISCAL

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 1) del artículo 16 del Texto Único Ordenado de la Ley 27584, con las facultades conferidas en el inciso 9) del artículo 89 del Decreto Legislativo N° 052, concordante con el inciso 3) del artículo 113 del Código Procesal Civil, esta Fiscalía Superior Civil, es de opinión que se confirme en parte la sentencia que falla declarando fundada la demanda en los extremos que declara la nulidad de la Resolución Directoral UGEL Yungay N° 0893

y la Resolución Directoral Regional 0775 del 30 de marzo de 20110 y ordena que la demandada UGEL Yungay cumpla con reajustar el pago de la bonificación por preparación de clases y evaluación en un equivalente al treinta por ciento de la remuneración total del demandante; se REVOQUE en el extremo que ordena que se cancele los devengados correspondientes a la regularización de la bonificación de preparación de clases y evaluación desde el 14 de diciembre de 1984 con la deducción de los montos abonados por dicho concepto, REFORMÁNDOSE se ordene se cancele los indicados devengados desde el 21 de mayo de 1990 con la deducción de los montos abonados por dicho concepto.

1.1.8 Resuelven la apelación

La 1° Sala Civil - Sede Central resuelve el recurso de apelación formulado por el director del Programa Sectorial III - UGEL Yungay contra la sentencia contenida en la resolución número doce de fecha veintiocho de octubre del año dos mil once.

➤ FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apelación se sustenta en los siguientes: a) Que, para las gratificaciones que es materia de la pretensión ex den normas donde se precisa y/o aclara respecto a los montos, como es el caso concreto de los artículos 8 y 9 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM: b) Que, la entidad que representa es una entidad eminentemente normativa, siendo el titular del pliego el Gobierno Regional de Ancash y como tal está en la obligación de coordinar con el Ministerio de Economía y Finanzas a solicitar la ampliación del presupuesto a fin de factibilizar el pago correspondiente

al accionante; por lo que no existe renuencia de su parte para reconocer y efectivizar el pago, sino que no cuentan con el presupuesto respectivo.

➤ **CONSIDERANDO**

1. Que, la acción contenciosa administrativa tiene por finalidad enmendar una infracción de la Ley Administrativa o la omisión de las formalidades esenciales, la misma que por su propia naturaleza se encuentra destinada al control de legalidad del procedimiento administrativo, siempre que se encuentren dentro del artículo 148 de la Constitución Política del Estado.
2. En el caso de autos, conforme se desprende de fojas treinta a treinta y siete, Octavio Felipe Ángeles Bambarén interpone demanda contenciosa administrativa, a fin de que se declare la nulidad total de la Resolución Directoral UGEL-Yungay N° 0893 del veinte de agosto del año dos mil diez, de la Resolución Directoral Regional N° 0775 del treinta de marzo del año dos mil once; consecuentemente se ordene cumplir con abonar la bonificación especial mensual real equivalente al 30 % de su remuneración total que le corresponde por concepto de preparación de clases y evaluación en aplicación del mandato expreso contenido en el artículo 48 de la Ley número 24029, modificada por la Ley número 25212, concordante con el artículo 210 del su reglamento, Decreto Supremo, Decreto Supremo número 019-90-ED. Asimismo, acumulativamente el accionante solicita en forma accesoria se ordene a la demandada cumplir con reintegrar en calidad de devengados, el monto diferencial que se le adeuda, descontando la suma irrisoria que se le otorga por dicho concepto, a partir del catorce de

diciembre del año mii novecientos ochenta y cuatro, fecha en la que fue aprobada dicha bonificación por mandato de la Ley número 24029, Ley del Profesorado, modificada por la Ley número 25212. Sustentando su pretensión refiere, entre otros, que ingresó a prestar sus servicios en el sector Educación, en calidad de profesor, mediante Resolución Directoral Zonal N° 1110 del veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y cuatro; cumpliendo sus funciones hasta el ocho de febrero de mil novecientos noventa y tres, en el Colegio “Santa Inés” de Yungay como se aprecia de la Resolución Directoral USEY N° 00248 del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y tres; por lo que señala que debe aplicarse las normas referidas.

3. Por su parte el director de la UGEL - Yungay y el procurador público del Gobierno Regional de Ancash al absolver la demanda, mediante escritos de fojas cuarenta y cuatro a cuarenta y seis y sesenta y cinco a sesenta y ocho sostienen que, el Decreto Supremo número 051-91- PCM establece normas reglamentarias orientadas a determinar los niveles remunerativos de los funcionarios, directivos, servidores y pensionistas del Estado en el marco del proceso de homologación, carrera pública y sistema único de remuneraciones y bonificaciones; y como tal, en el artículo 9 del indicado decreto supremo se precisa que las bonificaciones, beneficios y demás conceptos remunerativos que perciben los funcionarios, directivos y u servidores, otorgado en base al sueldo, remuneración o ingreso total serán calculados en función a la remuneración total permanente. En este sentido, al accionante en mérito a los dispositivos legales señalados y de la Leyes

números 28411 y 29465 se le viene otorgando la bonificación especial por preparación de clases.

4. En este contexto corresponde analizar la legalidad de la pretensión del actor, para lo cual debe establecerse que el demandante ostenta la condición de cesante del sector Educación, conforme fluye de la Resolución Directoral USEY N° 00248 del veinticuatro de junio de mil novecientos noventa y tres, corriente de fojas tres, corroborado con la boleta de pago de fojas cuatro; documento este último del que se infiere que por concepto de bonificación especial (bon esp) se le viene abonando al actor la suma de S/. 33.06.
5. Que, la pretensión del accionante en el fondo importa una nivelación de sus remuneraciones pensionables; empero ello no resulta atendible porque según la Ley número 28389 “Ley que reforma los artículos 11 y 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú”, declara cerrado definitivamente el régimen pensionario del Decreto Ley número 20530, y en concordancia con el artículo 4 de la Ley número 28449 “Ley que establece las nuevas reglas del régimen de pensiones del Decreto Ley número 20530”, prohíbe la nivelación de pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto para los empleados o funcionarios públicos en actividad.
6. }Que, asimismo la Tercera Disposición Final de la Ley número 28449 ha derogado expresamente, entre otras normas legales, a la Ley número 23495 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo número 015-83-PCM; en consecuencia, no existe marco legal para nivelar las pensiones del Régimen del Decreto Ley número 20530.

7. Que, aún más, cabe señalar al respecto que en el fundamento ciento dieciséis de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional de fecha tres de junio del año dos mil cinco se ha precisado lo siguiente: “(...) dado que la reforma constitucional no tiene efecto retroactivo, debe reconocerse los plenos efectos que cumplieron las resoluciones judiciales durante el tiempo en que la Ley número 28389 aún no se encontraba vigente, de modo tal que, por ejemplo, si antes de la fecha en que la reforma cobró vigencia, una persona resultó favorecida con una resolución judicial que ordenaba la nivelación de su pensión con la del trabajador activo del mismo cargo o nivel en el que cesó, dicha persona tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico constitucional”, por lo expuesto se desprende que el recurrente ha venido percibiendo su pensión de cesantía de acuerdo a la normatividad vigente para su otorgamiento, no existiendo mandato judicial expreso que la haya favorecido con la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30 % de su remuneración total, antes que la reforma constitucional contemplada en la Ley número 28389 entrara en vigencia.
8. En síntesis, la pretensión del actor resulta jurídicamente imposible porque, -como ya se tiene dicho-, desde la vigencia de la Ley número 284492 está prohibida la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y con cualquier ingreso previsto, según el numeral 4º de la acotada.

Por estas consideraciones y no habiéndose contravenido el principio de legalidad preceptuado por el numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar de

la Ley número 27444, así como el artículo 10° de la Ley 27444; y en aplicación del artículo 200° del Código Procesal Civil; revocaron la sentencia contenida en la resolución número doce de fecha veintiocho de octubre del año dos mil once, corriente de folios ciento doce a ciento diecisiete, que falla declarando fundada la demanda de fojas treinta a treinta y siete, interpuesta por don Octavio Felipe Angeles Bambarén, vía proceso contencioso administrativo seguido contra el Director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Yungay UGEL Yungay y el Director Regional de Educación Ancash, con citación del procurador del Gobierno Regional de Ancash; con lo demás que contiene; reformándola declararon infundada la demanda de fojas treinta a treinta y siete, interpuesta por don Octavio Felipe Ángeles Bambaren, vía proceso contencioso administrativo seguido contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Yungay y el Director Regional de Educación Ancash; sin costas ni costos; notifíquese y devuélvase.

1.1.9 Recurso de casación

➤ FUNDAMENTOS

1. El presente Recurso de Casación se ampara en la causal prevista por el art. 386, inc. 1 del C.P.C., es decir, en la interpretación errónea de una norma de derecho material, en la que ha incurrido la Sala Civil de su Presidencia, que a continuación se detallará.
2. Previamente, debo señalar que, mediante Escrito N° 1, su fecha 20 de abril 2011, interpuse demanda de proceso contencioso administrativo en lo laboral, contra el director de la Unidad de Gestión Educativa Local de Yungay, el director regional de Educación de Ancash, a fin de que se declare

la NULIDAD de la Resolución Directoral UGEL Yungay N°0893, del 20 de agosto de 2010; la Resolución Directoral Regional N°775, del 30 de marzo de 2011, y como consecuencia se ordenara que la demandada cumpla con abonarme la bonificación especial mensual real, equivalente al 30%, calculada sobre mi remuneración total, que me corresponde en mi calidad de profesora, por concepto de preparación de clases y evaluación, en aplicación del mandato expreso contenido en el art. 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificada por Ley N°25212, concordante con el Art. 210° de su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 19-90-ED., petición que se declaró fundada, la misma que ha sido errada e injustamente revocada y reformándola declarada de infundada, por la Primera Sala Civil-Sede Central de Ancash.

3. El caso es que, al revocar la sentencia y reformándola declarar infundada mi demanda, se ha interpretado de manera errónea el fundamento de mi petición y los alcances en su aplicación de lo dispuesto por el art. 48 de la Ley N°24029, Ley del Profesorado, modificado por Ley N°25212, concordante con el art. 210° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°19-90-ED., esgrimiendo para el efecto supuestos no peticionados, como refiere en su considerando quinto, cuya aseveración no se ajusta a la verdad, toda vez que en ninguna circunstancia he solicitado la nivelación de mis remuneraciones pensionables, y por lo mismo nada tiene que ver con la aplicación del Decreto Ley N°20530, por cuanto la petición precisa es que se cumpla con abonarme la bonificación real mensual del 30% que la demandada no está cumpliendo con arreglo a Ley, más bien

viene reteniendo indebidamente aquello que me corresponde, desde la fecha en que entró en vigencia la Ley evocada, a la actualidad, teniendo en cuenta que no ha sido modificada mucho menos derogada.

4. Los errores técnicos jurídicos de la recurrida se suman en sus considerandos sexto y séptimo, para luego concluir con su equivocada decisión contenida en el considerando octavo, insistiendo en el supuesto de nivelación de pensiones con las remuneraciones, que no es el planteamiento de mi demanda, y por lo mismo se ha recurrido a un extremo no solicitado, para luego desamparar el derecho que me corresponde, tergiversando el sentido del derecho invocado e incumpliendo con la finalidad de la acción contencioso administrativo del “... control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración pública...” “...y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados”, extralimitándose para ello más allá de la propia defensa como puede verificarse lo registrado en los fundamentos del proceso, recogido en la cuestionada, no obstante que la contraria expresamente admitió el derecho reclamado.
5. La correcta interpretación es que la demandada cumpla con abonarme la bonificación especial mensual real, equivalente al 30 % sobre mi remuneración total que me corresponde en mi calidad de profesor cesante, por concepto de preparación de clases y evaluación, en aplicación del mandato expreso contenido en el Art. 48° de la Ley N°24029, Ley del Profesorado, modificado por Ley N°25212, concordante con los alcances del art. 210 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°19- 90-

ED., la misma que no ha sido modificada mucho menos derogada, y se encuentra en plena vigencia.

6. Al respecto, debemos tener en cuenta que la representación de los intereses del Estado en las regiones lo asumen la procuraduría regional, la misma que no apelo la sentencia dictada por el Juzgado Civil de la Provincia de Yungay, Ancash; consecuentemente, fue admitida el derecho aprobado y por lo mismo quedó consentida, toda vez que la Ugel Yungay, en la práctica no negó el derecho que me corresponde sino más bien señaló que se venían efectuando los respectivos trámites para dar cumplimiento al derecho en cuestión, como puede verificarse de sus fundamentos cuarto y quinto al contestar a la demanda interpuesta, que incluso lo ha reiterado en el fundamento tercero de su recurso de apelación, consecuentemente la Sala de su presidencia no procedió con arreglo a Ley sino tergiverso los alcances del derecho que me corresponde.
7. La casada, con su equivocado proceder, ha pretendido cuestionar los fundamentos técnicos de la sentencia de origen, tergiversando los considerandos que le dieron validez plena a cada uno de los fundamentos del juzgador que culminó con justicia en declarar fundada la demanda, y como tal la actuación en contrario carece de validez jurídica y por lo mismo requiere de una mejor y correcta interpretación de la normatividad que reconoce materialmente el derecho que me corresponde a percibir la bonificación mensual real del 30% sobre mi remuneración total, y no sobre mi remuneración total permanente, como en forma por demás equivocada se me viene otorgando a la actualidad.

8. A mayor abundamiento, debo señalar que la bonificación real reclamada ya ha sido resuelta a nivel nacional, por intermedio de las Salas Laborales y el Tribunal del Servicio Civil, mediante sendas sentencias y resoluciones, actuar en contrario como lo ha resuelto la Primera Sala Civil de Ancash, contraviene el mandato del art. 2 Inc. 2) de la Constitución Política del Perú, por inducir maliciosamente a una discriminación entre los profesores ya beneficiados y la recurrente, documentos que fueron acompañados en su debida oportunidad y obran en autos, las mismas que se deduce no fueron tomados en cuenta, más aún en el extremo de la posibilidad de pretender la existencia de una norma distinta debería haber sido de aplicación los alcances del art. 26, inc. 3) en razón del inc. 2) de la norma suprema invocada; todo lo cual amerita el derecho que me corresponde y por lo mismo deberá ser amparada y protegida por la Suprema Sala Judicial, a fin de que se sienta Jurisprudencia en la defensa y correcta aplicación de los derechos.
9. Sobre el particular y demostrar que la casada contiene una resolución equivocada, absolutamente tergiversada que contraviene el derecho ya reconocido al personal docente en diferentes partes del país; a efectos de que se tenga presente en su debida oportunidad, muy respetuosamente refiero y adjunto, entre otros, la sentencia de vista de la Primera Sala Laboral de la Libertad, resuelta por Resolución N°12, del 21 de enero de 2011, sobre el caso de la profesora Lucrecia Hermelinda Méndez Hurtado (anexo 3.a), así como la Resolución N°00385- 2012-SERVIR/ TSC-Segunda Sala, del 18 de enero de 2012, resuelta sobre el Exp.N°888-2012-SERVIR/TSC en el

caso de la profesora Gladys Senmache Vasquez (anexo 3.b).

10. En cuanto a la supuesta valoración del Decreto Supremo N°051-91- PCM, esta no es aplicable al presente proceso del derecho reclamado, por cuanto el art. 48 de la Ley N°24029 ordena taxativamente el pago del 30% sobre la remuneración total, en atención al principio de especialidad y preferencia aplicativa que el Supremo Tribunal se servirá considerar al momento de resolver, más aún si se tiene en cuenta que el Decreto Supremo arriba referido fue expedido al amparo de la atribución Presidencial prevista en el Inc. 20) del art. 211 de la Constitución Política de 1979, sin que se le haya otorgado fuerza de ley, que obligó al Congreso de la República a expedir la Ley de Control Parlamentario N° 25397, que precisó en su art. 4, que los decretos supremos extraordinarios tienen vigencia temporal, por no más de seis meses y en consecuencia su pretendida aplicación resulta ilegal, si tenemos presente que dicha disposición fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 06 de marzo de 1991, por lo mismo no puede afectar los derechos reconocidos por la Ley del Profesorado N°24029, modificada por Ley N° 25212, ambas elaboradas y aprobadas por el Poder Legislativo, por lo mismo con mayor jerarquía que el ya referido Decreto Supremo, por su contenido, por su órgano emisor y su relación con la Constitución.

1.1.10 Resuelven recurso de casación

La Corte Suprema de Justicia de la República Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, resuelve el Recurso de Casación N° 3225-2012 sobre reajuste de bonificación especial mensual por preparación de clases y

evaluación, artículo 48 de la Ley N° 24029, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25212.

La base de cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación, así como de la bonificación adicional por desempeño de cargo, se debe efectuar teniendo en cuenta la remuneración total o íntegra, de conformidad con el artículo 48° de la Ley N° 24029, y no la remuneración total permanente.

1. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Octavio Felipe Ángeles Bambaren de fecha veintitrés de abril de dos mil doce, obrante de fojas 177 a 180, contra la sentencia de vista de fecha veintisiete de marzo de dos mil doce, de fojas 161 a 165, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash, que revoca la sentencia apelada de fecha veintiocho de octubre de dos mil once, de fojas 112 a 117, que declara fundada la demanda y reformándola declara infundada la misma, en el proceso seguido con la Unidad de Gestión Educativa Local de Ancash y otros, sobre nulidad de resolución administrativa y reajuste de bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en aplicación del artículo 48° de la Ley N° 24029, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25212.

2. CAUSAL DEL RECURSO

Por resolución de fecha veintiséis de diciembre de dos mil doce, de fojas 32 a 34 del cuadernillo de casación formado en esta Suprema Sala, se ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por el demandante Octavio Felipe

Ángeles Bambaren de manera excepcional, en virtud del artículo 3920-A del Código Procesal Civil, incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 29364, por las causales de: La infracción normativa procesal del artículo 139° incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado, y ii) La infracción normativa material del artículo 48° de la Ley N° 24029, modificado por la Ley N°25212.

3. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA

Primero.- Habiéndose declarado procedentes las denuncias sustentadas en vicios *in procedendo* como vicios *in iudicando*, corresponde efectuar el análisis del error procesal, toda vez que, de resultar fundada la denuncia, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto de los errores materiales.

Segundo.- Respecto a la causal de infracción normativa procesal de los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú.- El debido proceso es un principio y derecho de la función jurisdiccional, consagrado en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, que tiene por función velar por el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y las garantías constitucionales que lo integran, dando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurisdiccional de sus derechos, a través de un procedimiento regular en el que se dé oportunidad razonable y suficiente de ser oído, ejercer el derecho de defensa; de producir prueba y obtener una sentencia debidamente motivada.

Tercero.- Por otra parte, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, consagrado en el inciso 5) del artículo 139° de la Constitución

Política del Perú, garantiza que los jueces cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir la controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución Política del Perú y a la ley, pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. Bajo este contexto, el contenido esencial del derecho y principio de motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma la resolución judicial expresa una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

Cuarto.- Si bien en el presente caso se ha declarado la procedencia del recurso de casación por la causal de infracción normativa de los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, se aprecia de autos que la Sala Superior ha empleado en forma suficiente los fundamentos que le han servido de base para desestimar la demanda, argumentos que no pueden analizarse a través de una causal *in procedendo*, consideraciones por las cuales la causal de infracción normativa procesal de los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú resulta infundada.

Quinto.- Respecto a la causal de infracción normativa material del artículo 48° de la Ley N° 24029, modificada por la Ley N° 25212.- Habiéndose desestimado la causal de infracción procesal, corresponde analizar si se ha configurado la causal de infracción normativa del artículo 48° de la Ley N° 24029, modificado por la Ley N° 25212, cuyo texto es el siguiente: “El profesor

tiene derecho a percibir una bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total. El personal directivo y jerárquico, así como el personal docente de la Administración de Educación, así como el personal docente de Educación Superior incluidos en la presente ley, perciben, además, una bonificación adicional por el desempeño del cargo y por la preparación de documentos de gestión equivalente al 5% de su remuneración total”.

Sexto.- Objeto de la pretensión.- Conforme se aprecia del escrito de demanda obrante a fojas 30 a 37, el demandante establece como pretensión que se declare la nulidad de la Resolución Directoral UGEL-Yungay N° 893 de fecha veinte de agosto de dos mil diez y la Resolución Directoral Regional N° 0775 de fecha treinta de marzo de dos mil once: y se cumpla con reconocer el pago de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación en base al 30 % de su remuneración total, con los intereses legales generados desde la fecha en que se generó su derecho hasta la actualidad.

Séptimo.- Fundamentos de la sentencia de vista recurrida.- La Sala Superior, mediante la sentencia de vista de fecha veintisiete de marzo de dos mil doce, de fojas 161 a 165, revocó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda y reformándola declaró infundada, tras considerar que el instituto de y la nivelación pensionaria previsto para las pensiones de cesantía otorgadas conforme al Decreto Ley N° 20530 no constituye por razones de interés social, un derecho exigible desde la vigencia de la Ley N° 28449.

Octavo.- De la norma aplicable para el cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación y de la bonificación adicional

por desempeño de cargo. La parte demandante viene solicitando que se le otorgue la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en base a la remuneración total o íntegra, de conformidad con el artículo 48 de la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado, modificada por Ley N° 25212; en tanto que la parte demandada alega que dicha bonificación debe ser otorgada en base a la remuneración total permanente, de conformidad con el artículo 10° del Decreto Supremo N° 051-91-PCM; por lo que corresponde establecer cuál de estas normas corresponde aplicar para el cálculo de la bonificación demandada.

Noveno.- Al respecto, debe precisarse que el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, fue expedido al amparo de la atribución presidencial prevista en el inciso 20) del artículo 211 de la Constitución Política del Perú de 1979, que facultó al Ejecutivo dictar medidas extraordinarias siempre que tengan como sustento normar situaciones imprevisibles y urgentes cuyos efectos o riesgo inminente se extiendan o constituyan un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. A pesar que la mencionada Constitución no le otorgó a estos decretos supremos fuerza de Ley, parte de la doctrina le atribuyó este efecto, pero en el entendido de que se trataban de Decretos Supremos Extraordinarios con vigencia temporal.

Décimo.- En efecto, de considerarse los citados decretos supremos como decreto de urgencia por su naturaleza extraordinaria, estos devienen en temporales; sin embargo, dicha exigencia no ha sido observada respecto al Decreto Supremo N° 051-91-PCM, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el seis de marzo de mil novecientos noventa y uno, a pesar de que esta norma fue expedida por la necesidad de “dictar las normas reglamentarias transitorias

orientadas a establecer los niveles remunerativos de los trabajadores al servicio del Estado en el marco del Proceso de Homologación, Carrera Pública y Sistema Único de Remuneraciones y Bonificaciones”, según se desprende de su parte considerativa y de su artículo 1º; por lo que se ha desnaturalizado su carácter extraordinario y temporal, y con ello su fuerza de ley, lo que implica que el citado Decreto Supremo N° 051-91-PCM, es una norma reglamentaria y general que no puede afectar los derechos reconocidos en la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212.

Undécimo.- A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta, que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2009-AI/TC, sobre el control de constitucionalidad ejercido a diferentes artículos del Decreto de Urgencia N° 026-2009, estableció que los decretos de urgencia dictados bajo las exigencias previstas en el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución Política del Perú de 1993, debían responder a determinados criterios exigencias de validez, como la excepcionalidad, la necesidad, la transitoriedad, la generalidad y la conexidad, concluyendo en su fundamento jurídico 11, que el otorgamiento de beneficios previstos por Ley, no pueden modificarse a través de un decreto de urgencia, pues ello resulta inconstitucional.

Duodécimo.- Por lo tanto, teniendo en cuenta que los decretos supremos dictados al amparo del inciso 20) del artículo 211 de la Constitución Política del Perú de 1979, constituyen el antecedente de los decretos de urgencia dictados al amparo del inciso 19) del artículo 118º de la Constitución Política del Perú de 1993; entonces la conclusión arribada en la mencionada sentencia del

Tribunal Constitucional resulta aplicable al caso de autos, por lo que el artículo 10° del Decreto Supremo N° 051-91-PCM, no puede modificar el beneficio contenido en el artículo 48° de la Ley N° 24029, pues el citado decreto supremo al haberse extendido en el tiempo, no ha cumplido el presupuesto habilitante de su carácter extraordinario y temporal que le otorga fuerza de ley.

Décimo Tercero.- Por lo tanto, en el caso de autos el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, no tiene fuerza de ley, al haber incumplido el carácter extraordinario y temporal que precisamente le otorgaban dicha fuerza. Por lo que el artículo 10 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM, no puede modificar válidamente el artículo 48 de la Ley del Profesorado, al tratarse de una norma reglamentaria de inferior jerarquía.

Décimo Cuarto.- Por lo demás, y abonando en razones, resulta aplicable a este y caso el principio de especialidad, según el cual una norma especial prima sobre norma general, es decir, orienta a que en la solución de un conflicto corresponde aplicar la norma que regula de modo específico el supuesto de hecho generador del derecho correspondiente. En el caso de autos, el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, es una norma de ámbito general, que está destinada a regular los niveles remunerativos de todos los servidores del Estado, mientras que la Ley del Profesorado N° 24029, modificada por la Ley N° 25212, y reglamentada por el Decreto Supremo N° 19-90-ED, es una norma que regula de manera especial los derechos y deberes de un sector determinado de la Administración, como son los profesores de la carrera pública; en este sentido, es evidente que la bonificación especial mensual por preparación de clases materia de la demanda, al tratarse de un bonificación que es exclusivamente

percibida por los docentes, la normatividad legal que resulta aplicable por razón de especialidad es la Ley N° 24029 y su modificatoria la Ley N° 25212, así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 19-90-ED, y no el Decreto Supremo N°051-91-PCM.

Décimo Quinto.- En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal del Servicio Civil en la Resolución N° 2836-2010-SERVIR-TSC-Primera Sala recaída en el expediente N° 5643-2010-SERVIR-ITSC, de catorce de diciembre de dos mil diez, al señalar lo siguiente “(...), esta Sala considera que en atención al principio de especialidad, entendido como la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad, debe preferirse la norma contenida en el artículo 48° de la Ley N° 24029; lo que determina que, para el cálculo de la Bonificación Especial Mensual por Preparación de Clases y Evaluación, se aplique la remuneración mensual total que el docente perciba y no la remuneración total permanente a la que hace referencia el artículo 9° del Decreto Supremo N° 051-91-PCM”.

Décimo Sexto. - Existencia de doctrina jurisprudencial sobre el tema. - La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la sentencia dictada en la Casación N° 1567-2002-La Libertad, ha señalado que: “la Ley del Profesorado N° 24029, ha sido expedida observando el proceso de formación de la Ley previsto en la Constitución Política del Estado, de allí que entre ésta y el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, exista una diferencia de origen y vigencia, no obstante tener ambas normas la misma naturaleza”, concluyendo que “en aplicación del principio de especialidad, resulta aplicable la Ley del

Profesorado y su Reglamento y no el referido Decreto Supremo”. Asimismo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, por sentencia de fecha uno de julio de dos mil nueve, recaída en la Casación N° 435-2008-AREQUIPA, ha considerado pertinente ponderar la aplicación del artículo 48° de la Ley N° 24029, sobre el artículo 10 Decreto Supremo N° 051- 91-PCM, señalando que “(...) la norma que debe aplicarse al caso de autos es el artículo 48 de la Ley N° 24029 y no el artículo 10 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM”. En ese mismo sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 9887-2009-PUNO de fecha quince de diciembre de dos mil once, ha señalado que: “la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación debe ser calculada tomando como base la remuneración total, conforme lo dispone el artículo 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificado por la Ley N° 25212, concordante con el artículo 210° del Decreto Supremo N° 019-90-ED (Reglamento de la Ley del Profesorado), y no sobre la base de la remuneración total permanente como lo señala el artículo 10 del Decreto Supremo N° 051- 91-PCM”. Asimismo, esta Sala Suprema, mediante la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2011, recaída en la Casación N° 9890-2009-PUNO, ha establecido respecto a la forma de cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases que al tratarse de un bonificación que es exclusivamente percibida por los servidores comprendidos en la Ley del Profesorado, la normatividad legal que le resulta aplicable por razón de especialidad es la Ley N° 24029 y su modificatoria la Ley N° 25212, así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 19-90-ED, y no así el

Decreto Supremo N° 051-91-PCM. Finalmente, mediante las Consultas recaídas en los Expedientes N° 2026-2010-PUNO y N° 2442-2010-PUNO del veinticuatro de septiembre de dos mil diez, esta Sala Suprema ha preferido aplicar la norma especial, esto es la Ley N° 24029, en lugar de la norma general, es decir, en lugar del Decreto Supremo N° 051-91-PCM.

Décimo Séptimo. - En consecuencia, se advierte que esta Corte Suprema, a través de sus Salas Especializadas, ha tomado posición y criterio uniforme en reiteradas ejecutorias supremas, señalando que la bonificación especial por preparación de clases y evaluación se calcula en base a la remuneración total o íntegra. Por lo tanto, en virtud a lo dispuesto en el artículo 22 del Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, este Supremo Tribunal ha adoptado esta línea jurisprudencial (doctrina jurisprudencial) para efectos de evaluar los casos referidos a la bonificación especial por preparación de clases y evaluación; por lo que resulta un criterio judicial válido de aplicación y observancia obligatoria para la resolución de demandas sobre la citada materia en cualquier instancia y proceso judicial, pues ello conlleva a generar estabilidad jurídica frente a la resolución de este tipo de casos, además de cumplir con uno de los fines del recurso de casación consagrado en el artículo 384° del Código Procesal Civil, que es la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

Décimo Octavo.- Asimismo, debe observarse la sentencia dictada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que al resolver la Acción Popular N° 438-2007, y declarar fundada la demanda

sostuvo que el carácter transitorio de la norma reglamentaria contenida en el Decreto Supremo N° 051-91-PCM se ha desnaturalizado, por lo que concluyó que la Ley del Profesorado - Ley N° 24029 prevalece por tratarse de la norma de mayor jerarquía; por lo que este criterio debe ser de observancia obligatoria para todas las instancias judiciales, en razón a los efectos *erga omnes* de la sentencia de acción popular, similares los efectos de sentencia de inconstitucionalidad.

Décimo Noveno.- Conclusión.- Según los antecedentes jurisprudenciales reseñados en los considerandos precedentes, es criterio de esta Suprema Corte que la base de cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación se deba efectuar teniendo en cuenta la remuneración total o integra y no la remuneración total permanente, al emanar dicho beneficio del mismo dispositivo legal que la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación.

Vigésimo.- Solución del concreto.- De la documentación acompañada por el recurrente, se desprende que, por Resolución Directoral USEY N° 00248, que en copia a fojas 03, el demandante fue cesado a partir del ocho de febrero de mil novecientos noventa y tres; asimismo, de la boleta de pago a fojas 04 se advierte que el demandante, en su condición de docente cesante, viene percibiendo la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación y desempeño de (Bonesp) calculada sobre la remuneración total permanente.

Vigésimo Primero.- En consecuencia, por aplicación del criterio previsto en el considerando décimo séptimo de la presente resolución, resulta fundado el

recurso formulado por la causal de infracción normativa material del artículo 48° de la Ley N° 24029, modificado por la Ley N° 25212; debiendo ampararse la pretensión reclamada respecto al cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación, la que deberá calcularse en base al 30 % de la remuneración total o íntegra, desde la fecha en que adquirió el derecho, correspondiendo abonados los respectivos devengados generados.

Vigésimo Segundo.- Respecto a la pretensión accesorio de pago de intereses, constituye una consecuencia del no pago oportuno del íntegro de la bonificación demandada, por lo tanto, debe ordenarse el pago de los montos devengados conforme a lo previsto en los artículos 1242 y siguientes del Código Civil.

Vigésimo Tercero. - Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 50° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, aprobado por el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, las partes del proceso contencioso administrativo no podrán ser condenadas al pago de costos y costas.

4. DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con el dictamen emitido por el señor fiscal supremo en lo contencioso administrativo; y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil: Declararon fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante Octavio Felipe Angeles Bambaren de fecha veintitrés de abril de dos mil doce, de fojas 177 a 180; en consecuencia, casaron la sentencia de vista de fecha veintisiete de marzo de dos mil doce, de fojas 161 a 165, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash; y, actuando en sede de instancia: confirmaron la sentencia

apelada de fecha veintiocho de octubre de dos mil once, de fojas 112 a 117, que declaró fundada la demanda; en consecuencia: declararon nula la Resolución Directoral UGEL-Yungay N° 893 de fecha veinte de agosto de dos mil diez y la Resolución Directoral Regional N° 0775 de fecha treinta de marzo de dos mil once en el extremo que concierne al demandante y que le denegó el reconocimiento de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación conforme al artículo 48 de la Ley N° 24029 modificado por la Ley N° 25212, y ordenaron a la Dirección Regional de Educación de Ancash cumpla con emitir nueva resolución administrativa reconociendo a favor del demandante la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación, equivalente al 30 % de su remuneración total a partir de la fecha en que se generó el derecho; debiendo calcularse el reintegro de la bonificación demandada en ejecución de sentencia, más el pago de intereses legales sin costas ni costos; dispusieron la publicación del texto de la presente sentencia en el Diario Oficial El Peruano, conforme a Ley; en el proceso. Seguido por el demandante Octavio Felipe Ángeles Bambaren contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Ancash y otros, sobre nulidad de resolución administrativa y reajuste de bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en aplicación del artículo 48 de la Ley N° 24029, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25212; y, los devolvieron, interviniendo como ponente el señor juez supremo Rodríguez Mendoza.

El señor juez supremo Malca Guaylupo firma su dirimencia el siete de abril de dos mil quince; los señores Jueces Supremos Rodríguez Mendoza, Chumpitaz Rivera y Torres Vega firman su voto el dos de octubre de dos mil

trece; y conforme a lo dispuesto por el artículo 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Firma para certificar el acto, la doctora Rosmary Cerrón Bandini, secretaria de Sala (e).

1.1.11 Voto discordante

El voto en discordia de los señores jueces supremos, Mac Rae Thays y Chaves Zapater, es como sigue:

Primero.- Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Octavio Felipe Ángeles Bambaren, obrante de fojas 177 a 180 contra la sentencia de vista de fojas 161 a 165, de fecha veintisiete de marzo de dos mil doce, que revocó la sentencia apelada de fecha veintiocho de octubre de dos mil once, obrante a fojas 112 a 117 que declaró fundada la demanda y reformándola declararon infundada; en el proceso contencioso administrativo seguido con el Gobierno Regional de Ancash y otros, sobre nulidad de resolución administrativa y recálculo de bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación.

Segundo. - Mediante resolución de fecha veintiséis de diciembre de dos mil doce, de fojas 32 a 34 del cuaderno de casación, este Tribunal Supremo ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandante, por las causales de infracción normativa procesal de los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado e infracción normativa material del artículo 48° de la Ley N° 24029, modificado por la Ley N° 25212. Tercero.- Que, el recurso de casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la

jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia, conforme se señala en el texto del artículo 384° del Código Procesal Civil, vigente a la fecha de la interposición del recurso.

Cuarto.- Que, la infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa, quedan subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Quinto.- Que, la infracción de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso', se configura cuando en el desarrollo del mismo, no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han obviado o alterado actos de procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano jurisdiccional deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en clara transgresión de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Sexto.- Que, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva reconocidos también como principio de la función jurisdiccional en el inciso 3) de la Constitución Política del Perú garantizan al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido

proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone; así mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción genérica que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder - deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso en cambio significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso, entre ellas, el de motivación de las resoluciones judiciales.

Séptimo.- Que, se debe señalar que el principio procesal de la motivación escrita de las resoluciones judiciales se halla consagrado en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Estado, el cual tiene como finalidad principal el de permitir el acceso de los justiciables al razonamiento lógico jurídico empleado por las instancias de mérito para justificar sus decisiones jurisdiccionales y así puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa, cuestionando de ser el caso, el contenido y la decisión asumida. Esta motivación escrita de las resoluciones judiciales constituye un deber para los magistrados, tal como lo establecen los artículos 50 inciso 6), y 122 inciso 3) del Código Procesal Civil; y dicho deber implica que los juzgadores señalen en forma expresa la ley que aplican con el razonamiento jurídico a la que ésta los ha llevado, así como los fundamentos fácticos que sustentan su decisión, respetando los principios de jerarquía de normas y de congruencia.

Octavo.- Conforme se aprecia del escrito de demanda de fojas 30 a 37 se advierte que el objeto de la pretensión está referida a que se declare la

nulidad de la Resolución Directoral UGEL-Yungay N° 893 de fecha veinte de agosto de dos mil diez y la Resolución Directoral Regional N° 0775 de fecha treinta de marzo de dos mil once; y se cumpla con reconocer el pago de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en base al 30 % de su remuneración total, con los intereses legales generados desde la fecha en que se generó su derecho hasta la actualidad.

Noveno. - Que, el Colegiado de la Sala Superior revocó la resolución apelada que declaró infundada la demanda por considerar que el instituto de la nivelación pensionaria previsto para las pensiones de cesantía otorgadas conforme al Decreto Ley N° 20530 no constituye por razones de interés social, un derecho exigible.

Décimo.- Que, de la revisión de la sentencia recurrida se aprecia que el Colegiado de la Sala Superior al revocar la sentencia apelada que declaró fundada la demanda, ha emitido pronunciamiento sobre los extremos materia de apelación, esgrimiendo los argumentos que sustentan su decisión de desestimar la demanda, no configurándose la infracción de los incisos 3) y 5) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú; debiéndose por tanto emitir pronunciamiento respecto a la denuncia por infracción normativa de normas de carácter material.

Undécimo.- Que, en relación a la causal casatorio de infracción de normas de carácter material se debe tener en cuenta que la parte demandante viene solicitando que se le otorgue la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en base a la remuneración total o íntegra, de conformidad con el artículo 48 de la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado,

modificada por Ley N° 25212; en tanto que la parte demandada alega que dicha bonificación debe ser otorgada en base a la remuneración total permanente, de conformidad con el artículo 10° del Decreto Supremo N° 051- 91-PCM; por lo que corresponde establecer cuál de estas normas corresponde aplicar para el cálculo de la bonificación demandada.

Duodécimo.- Que, al respecto, debe precisarse que el Decreto Supremo N° 051-91-PCM fue expedido al amparo de la atribución presidencial prevista en el inciso 20) del artículo 211 de la Constitución Política del Estado de 1979, que facultó al Ejecutivo dictar medidas extraordinarias siempre que tengan como sustento normar situaciones imprevisibles y urgentes cuyos efectos o riesgo inminente se extiendan o constituyan un peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. A pesar que la mencionada Constitución no le otorgó a estos decretos supremos fuerza de Ley, parte de la doctrina le atribuyó este efecto, pero en el entendido de que se trataban de decretos supremos extraordinarios con vigencia temporal.

Décimo Tercero.- En efecto, de considerarse los atados decretos supremos como decreto de urgencia por su naturaleza extraordinaria, estos devienen en temporales; sin embargo, dicha exigencia no ha sido observada respecto al Decreto Supremo N° 051-91-PCM, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 06 de marzo de 1991, a pesar de que esta norma fue expedida por la necesidad de "dictar las normas reglamentadas transitorias orientadas a establecer los niveles remunerativos de los trabajadores el servicio del Estado en el marco del Proceso de Homologación, Carrera Pública y Sistema Único de Remuneraciones y Bonificaciones", según se desprende

de su parte considerativa y de su artículo 1: por lo que se ha desnaturalizado su carácter extraordinario y temporal, y con ello su fuerza de ley, lo que implica que el citado Decreto Supremo N° 051-91-PCM es una norma reglamentaria y general que no puede afectar los derechos reconocidos en la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado, modificada por la Ley N° 25212.

Décimo Cuarto.- A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta, que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 00007-2009-AI/TC, sobre el control de constitucionalidad de ejercido a diferentes artículos del Decreto de Urgencia N° 026-2009, estableció que los Decretos de Urgencia dictados bajo las exigencias previstas en el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política del Estado de 1993, debían responder a determinados criterios o exigencias de validez, como la excepcionalidad, la necesidad, la transitoriedad, la generalidad y la conexidad, concluyendo en su fundamento jurídico 11 que el otorgamiento de beneficios Previstos por Ley, no pueden modificarse a través de un Decreto de Urgencia, Pues ello resulta inconstitucional.

Décimo Quinto.- Por lo tanto, teniendo en cuenta que los decretos supremos dictados al amparo del inciso 20) del artículo 211 de la Constitución Política del Estado de 1979, constituyen el antecedente de los Decretos de Urgencia dictados al amparo del inciso 9) del artículo 118° de la Constitución Política del Perú de 1993; entonces la conclusión arribada en la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional resulta aplicable al caso de autos, por lo que el artículo 10° del Decreto Supremo N° 051-91-PCM no puede modificar el beneficio contenido en el artículo 48° de la Ley N° 24029, pues

el citado Decreto Supremo, al haberse extendido en el tiempo, no ha cumplido el presupuesto habilitante de su carácter extraordinario y temporal que le otorga fuerza de ley.

Décimo Sexto.- Por lo tanto, en el caso de autos el Decreto Supremo N° 051-91-PCM no tiene fuerza de ley, al haber incumplido el carácter extraordinario y temporal que precisamente le otorgaban dicha fuerza. Por lo que el artículo 10° del Decreto Supremo N° 051-91-PCM no puede modificar válidamente el artículo 48° de la Ley del Profesorado, al tratarse de una norma reglamentaria de inferior jerarquía.

Décimo Séptimo.- Por lo demás, y abonando en razones, resulta aplicable a este caso del principio de especialidad, según el cual una norma especial prima sobre norma general, es decir, orienta a que en la solución de un conflicto corresponde aplicar la norma que regula de modo específico el supuesto de hecho generador del derecho correspondiente. En el caso de autos, el Decreto Supremo N° 051-91-PCM es una norma de ámbito general, que está destinada a regular los niveles remunerativos de todos los servidores del Estado, mientras que la Ley del Profesorado N° 24029, modificada por la Ley N° 25212, y reglamentada por el Decreto Supremo N° 19-90-ED, es una norma que regula de manera especial los derechos y deberes de un sector determinado de la Administración, como son los profesores de la carrera pública; en este sentido, es evidente que la bonificación por preparación de clases materia de la demanda, al tratarse de una bonificación que es exclusivamente percibida por los docentes, la normatividad legal que resulta aplicable por razón de especialidad es la Ley

N° 24029 y su modificatoria la Ley N° 25212, así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 19-90-ED, y no el Decreto Supremo N° 051- 91-PCM.

Décimo Octavo.- En similar sentido se ha pronunciado el Tribunal del Servicio Civil en la Resolución N° 2836-2010-SERVIR-TSC-Primera Sala recaída en el Expediente N° 5643-2010-SERVIR/TSC de fecha 14 de diciembre de 2010, al señalar lo siguiente "(...), esta Sala considera que en atención al principio de especialidad, entendido como la preferencia aplicativa de la norma reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su "totalidad, debe preferirse la norma contenida en el artículo 48° de la Ley N° 24029, lo que determina que, para el cálculo de la Bonificación Especial Mensual por Preparación de Clases y Evaluación, se aplique la remuneración mensual total que el docente perciba y no la remuneración total permanente a la que hace referencia el artículo 9 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM".

Décimo Noveno.- Existencia de doctrina jurisprudencial sobre el tema.- La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la sentencia dictada en la Casación N° 1567-2002-La Libertad, ha señalado que: “la Ley del Profesorado N° 24029, ha sido expedida observando el proceso de formación de la Ley previsto en la Constitución Política del Estado, de allí que entre esta y el Decreto Supremo N° 051-91-PCM, exista una diferencia de origen y vigencia, no obstante tener ambas normas la misma naturaleza”, concluyendo que “en aplicación del principio de especialidad, resulta aplicable la Ley del Profesorado y su Reglamento y no

el referido Decreto Supremo”. Asimismo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, por sentencia de fecha 1 de julio de 2009, recaída en la Casación N° 435-2008-AREQUIPA, ha considerado pertinente ponderar la aplicación del artículo 48° de la Ley N° 24029, sobre el artículo 10 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM, señalando que “(...) la norma que debe aplicarse al caso de autos es el artículo 48 de la Ley N° 24029 y no el artículo 10 del Decreto Supremo N° 051-91- PCM”: En ese mismo sentido, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación N° 9887-2009-PUNO de fecha 15 de diciembre de 2011, ha señalado que: “La bonificación especial mensual por preparación especial de clases y evaluación debe ser calculada tomando como base la remuneración total, conforme lo dispone el artículo 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificado por la Ley N° 25212, concordante con el artículo 210 del Decreto Supremo N° 019-90-ED (Reglamento de la Ley del Profesorado), y no sobre la base de la remuneración total permanente como lo señala el artículo 10 del Decreto Supremo N° 051-91-PCM”. Asimismo, esta Sala Suprema, mediante la sentencia de fecha 15 de diciembre de 2011, recaída en la Casación N° 9890-2009-PUNO, ha establecido respecto a la forma de cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases que “al tratarse de un bonificación que es exclusivamente percibida por los servidores comprendidos en la Ley del Profesorado, la normatividad legal que le resulta aplicable por razón de especialidad es la Ley N° 24029 y su modificatoria la Ley N° 25212, así como su Reglamento aprobado por Decreto Supremo

N° 19-90-ED, y no así el Decreto Supremo N° 051-91-PCM”. Finalmente, mediante las Consultas recaídas en los Expedientes N° 2026-2010-PUNO Y N° 2442-2010-PUNO de fecha 24 de septiembre de 2010, esta Sala Suprema ha preferido aplicar la norma especial, esto es la Ley N° 24029, en lugar de la norma general, es decir, en lugar del Decreto Supremo N° 051-91-PCM.

Vigésimo.- En consecuencia, se advierte que esta Corte Suprema, a través de sus Salas Especializadas, ha tomado posición y criterio uniforme en reiteradas ejecutorias supremas, señalando que la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación se calcula en base a la remuneración total o íntegra. Por lo tanto, en virtud a lo dispuesto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS, este Supremo Tribunal, ha adoptado esta línea jurisprudencial (doctrina jurisprudencial) para efectos de evaluar los casos referidos a la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación; por lo que resulta un criterio judicial válido de aplicación y observancia obligatoria para la resolución de demandas sobre la citada materia en cualquier instancia y proceso judicial, pues ello conlleva a generar estabilidad jurídica frente a la resolución de este tipo de casos, además de cumplir con uno de los fines del recurso de casación consagrado en el artículo 384 del Código Procesal Civil, que es la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia.

Vigésimo Primero.- Asimismo, debe observarse la sentencia dictada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, que al resolver la Acción Popular N° 438-2007, y declarar fundada la

demanda sostuvo que “el carácter transitorio de la norma reglamentaria contenida en el Decreto Supremo N° 051-91-PCM se ha desnaturalizado”, por lo que concluyó que la Ley del Profesorado - Ley N° 24029 prevalece por tratarse de la norma de mayor jerarquía; por lo que este criterio debe ser de observancia obligatoria para todas las instancias judiciales, en razón a los efectos erga omnes de la sentencia de acción popular, similares a los efectos de una sentencia de inconstitucionalidad.

Vigésimo Segundo. Según los antecedentes jurisprudenciales reseñados en los considerandos precedentes, es criterio de esta Suprema Corte que la base de cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación se deba efectuar teniendo en cuenta la remuneración total o íntegra y no la remuneración total permanente, al emanar dicho beneficio del mismo dispositivo legal que la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación.

Vigésimo Tercero.- De la documentación acompañada por el recurrente se verifica que por Resolución Directoral USEY N° 00248 a fojas 03 que el demandante cesó a partir del ocho de febrero de mil novecientos noventa y tres; asimismo de la copia de la boleta de pago de fojas 04, se desprende que el accionante en su condición de docente cesante viene percibiendo la bonificación especial por preparación de clases y evaluación (bonesp) por el monto de treinta y tres y 06/100 nuevos soles, la misma que ha sido calculada sobre la remuneración total permanente, como se corrobora de lo señalado en la parte considerativa de la Resolución Directoral Regional N° 0775 de fecha treinta de marzo de dos mil once, a fojas 12 de los autos.

Vigésimo Cuarto. - Que, el artículo 48 de la Ley N° 24029, modificado por la Ley N° 25212, establece que: “El profesor tiene derecho a percibir una bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total. El personal directivo y jerárquico, así como el personal docente de la Administración de Educación, así como el personal docente de Educación Superior incluidos en la presente ley, perciben, además, una bonificación adicional por el desempeño del cargo y por la preparación de documentos de gestión equivalente el 5% de su remuneración total. El profesor que presta servicios en: zona de frontera, Selva, zona rural, altura excepcional, zona de menor desarrollo relativo y emergencia tiene derecho a percibir una bonificación por zona diferenciada del 10% de su remuneración permanente por cada uno de los conceptos señalados hasta un máximo de tres”.

Vigésimo Quinto - Conforme al texto del artículo 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, se concluye que la percepción de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación, tiene como finalidad compensar el desempeño del cargo atendiendo a las funciones especiales encargadas al docente, puesto que la labor de éste no se limita al dictado de clases, sino que ello implica prepararlas previamente o desarrollar la temática que se requiera, labores efectivas que son propias de un profesor en actividad. Criterio sostenido en los antecedentes jurisprudenciales reseñados en los considerandos anteriores y que se ratifica en el presente fallo.

Vigésimo Sexto.- Que, por aplicación de dicho criterio señalado en los

considerandos precedentes, resulta fundado el recurso formulado por el recurrente, amparándose en parte la pretensión reclamada respecto al cálculo de la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación, la que deberá calcularse sobre la base de la remuneración total o íntegra, desde la fecha en que adquirió el derecho a recibir la bonificación demandada hasta el ocho de febrero de mil novecientos, fecha de cese del accionante, por cuanto tal bonificación no tiene naturaleza pensionable, pues solo corresponde a los docentes en actividad. Sin embargo, estando a que el demandante viene percibiendo la acotada bonificación en aplicación del Principio de Intangibilidad de las remuneraciones, debe dejarse subsistente el pago que se le viene otorgando, desde su fecha de cese hasta la actualidad, pero sin el reajuste del mismo. Asimismo, debe precisarse que la bonificación reclamada fue otorgada a partir del veinte de mayo de mil novecientos noventa, fecha en que entró en vigencia la acotada ley.

Vigésimo Séptimo.- Que, en cuanto a la pretensión accesoria de pago de intereses legales, éstos constituyen una consecuencia del no pago oportuno del íntegro de la bonificación demandada, por tanto, debe ordenarse su pago, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 1242 y siguientes del Código Civil.

Vigésimo Octavo.- Finalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, es que se cambia todo criterio distinto expuesto anteriormente.

DECISIÓN

Por estas consideraciones, de conformidad con el dictamen emitido por el señor fiscal supremo en lo contencioso administrativo; y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 396 del Código Procesal Civil: nuestro voto es porque se declare fundado el recurso de casación interpuesto por el demandante Octavio Felipe Ángeles Bambaren de fecha veintitrés de abril de dos mil doce; en consecuencia, SE CASE la sentencia de vista de fecha veintisiete de marzo de dos mil doce, de fojas 161 a 165, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ancash; y, actuando en sede de instancia: se revoque la sentencia apelada de fecha veintiocho de octubre de dos mil once, de fojas 112 a 117, que declaró fundada la demanda; y reformándola se declare FUNDADA EN PARTE; en consecuencia, SE DISPONGA que la Dirección Regional de Educación de Ancash o quien haga sus veces, abone a favor del demandante la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de la remuneración total, conforme se encuentra precisado en el considerando vigésimo sexto de la presente resolución, más sus correspondientes intereses legales, con deducción de lo percibido por estos mismos conceptos que se calcularon sobre la remuneración total permanente, con lo demás que contiene; sin costas ni costos; en el proceso seguido por el demandante Octavio Felipe Ángeles Bambaren contra la Unidad de Gestión Educativa Local de Ancash y otros, sobre nulidad de resolución administrativa y reajuste de bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en aplicación del artículo 48 de la Ley

N° 24029, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25212; y, los devolvieron.

S.S.

MAC RAE THAYS

CHAVES ZAPATER

Los señores jueces supremos Mac Rae Thays y Chaves Zapater firman su voto el dos de octubre de dos mil trece, conforme a lo dispuesto por el artículo 149 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1.1.12 Dictamen fiscal

I. CAUSAL DE PROCEDENCIA DEL RECURSO

Mediante la resolución de fecha 26 de diciembre de 2012, que obra a fojas 32/34 del cuaderno de su propósito, la Sala Suprema declaró procedente el recurso de casación, por las causales de Infracción normativa del artículo 139° incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y del artículo 48° de la Ley N°24029 modificado por la Ley N° 25212. Las causales denunciadas se encuentran previstas en el artículo 386° del Código Procesal Civil, modificado mediante Ley N° 29364.

II. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. En la demanda de fojas 30/37 el actor solicita que se declare la nulidad de la Resolución Directoral Ugel Yungay NO 0893 del 20 de agosto de 2010, de la Resolución Directoral Regional N° 0775 de fecha 30 de marzo de 2011; como

consecuencia de ello, se le cumpla con abonar la bonificación especial mensual por preparación de clases en el equivalente al 30% de su remuneración total, en su calidad de ex - profesor, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 48° de la Ley N° 24029 modificado por la Ley N° 25212, concordante con el artículo 210° de su Reglamento, aprobado por el D.S. N° 019-90-ED, toda vez que se le viene abonando sólo la suma de S/33.06 nuevos soles; y accesoriamente se cumpla con abonarle los devengados respectivos.

2.2. Por resolución número ocho obrante a fojas 83/86, se fijan como puntos controvertidos del proceso: 1) Determinar si corresponde declarar la nulidad de la Resolución Directoral Ugel Yungay N° 0893 del 20 de agosto de 2010; 2) Determinar si corresponde declarar la nulidad de de la Resolución Directoral Regional N° 0775 de fecha 30 de marzo de 2011, y como consecuencia de ello se ordene a los demandados abonar la bonificación especial equivalente al 30% de su remuneración total que le corresponde en calidad de profesor, por concepto de preparación de clases, en aplicación del artículo 48 de la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado, modificado por Ley N° 25212; y 3) Determinar si corresponde de manera accesoria se ordene a los demandados reintegrar en calidad de devengados el monto diferencial que se adeuda, descontando la suma que se le otorgó a partir del 14 de diciembre de 1984, teniendo en cuenta que el derecho a la bonificación requerida fue aprobada en dicha fecha.

2.3. Mediante resolución número doce, de fecha 28 de octubre de 2011, obrante a fojas 112/117, el Juzgado Especializado en lo Civil de Yungay declara fundada la demanda, argumentando que la bonificación por preparación de clases que le corresponde percibir a la demandante le debe ser abonada en base

a su remuneración total y no en base a la remuneración total permanente, como indebidamente le viene abonando la demandada, incumpléndose lo dispuesto expresamente en el artículo 48 de la Ley del Profesorado y el artículo 210 de su Reglamento aprobado por D. S. No 19-90-ED.

2.4.La Sala superior, mediante sentencia de vista obrante a fojas 161/165, revoca la sentencia de primera instancia, y reformándola declara infundada la demanda, argumentando que la pretensión demandada por la actora es jurídicamente imposible porque desde la vigencia de la Ley No 28449 está prohibida la nivelación de las pensiones con las remuneraciones y con cualquier otro ingreso, previsto según artículo 4 de la referida ley.

III. FUNDAMENTOS DE LA OPINIÓN FISCAL

3.1. El recurso de casación interpuesto por el demandante es admitido en forma extraordinaria por la Sala Suprema, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, a fin de cautelar uno de los fines del recurso de casación, consistente en la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto, incorporando la causal de infracción normativa del artículo 1390 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Perú, teniendo en cuenta que el debido proceso es considerado como una garantía y un derecho fundamental que tiene todo aquel que acude al órgano jurisdiccional, y que una vez ejercitado el derecho de acción pueda acceder a un proceso que reúna los requisitos mínimos, respetándose los derechos procesales de las partes, llevando a la autoridad judicial a pronunciarse de manera justa e imparcial, evidenciándose en una motivación suficiente de las resoluciones que emite, lo que constituye

también una garantía para el justiciable; asimismo, se incorpora la causal de infracción normativa del artículo 48° de la Ley NO 24029 modificado por la Ley N° 25212, por existir elementos relevantes que ameritan su revisión, toda vez que el artículo citado establece el otorgamiento a favor de los profesores de una bonificación especial por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total.

3.2. El artículo 48 de la Ley N° 24029, Ley del Profesorado, modificado por la Ley N° 25212, señala que el profesor tiene derecho a percibir una bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación equivalente al 30% de su remuneración total; precisando asimismo, que el Personal Directivo y Jerárquico, así como el personal docente de la Administración de Educación, así como el personal docente de educación superior incluidos en la citada ley, perciben, además, una bonificación adicional por el desempeño del cargo y por la preparación de documentos de gestión equivalente al 5% de su remuneración total. En ese mismo sentido lo contempla el artículo 210 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 19- 90-ED.

3.3. El Decreto Supremo N° 051-91-PCM, establece en forma transitoria las normas reglamentarias orientadas a determinar los niveles remunerativos de los funcionarios, directivos, servidores y pensionistas del Estado, en el marco del proceso de homologación, carrera pública y sistema único de remuneraciones y bonificaciones, actualmente vigente, señalando que a partir del 1 de febrero de 1991, se deje sin efecto, sin excepción, las disposiciones legales y administrativas que establezcan remuneraciones mensuales tomando como referencia el ingreso total; precisando, inclusive, en su artículo 10° que lo

dispuesto en el artículo 48 de la Ley del Profesorado N° 24029, modificado por Ley N° 25212, se aplica sobre la Remuneración Total Permanente establecida en el citado Decreto Supremo.

3.4. Estando a lo expuesto, se puede colegir que estamos frente a dos normas jurídicas, que hacen referencia a un mismo supuesto de hecho pero con distintos efectos; así también, se desprende que estamos frente a dos normas una Ley Ordinaria y un Decreto Supremo, las cuales no obstante ubicarse en el mismo nivel jerárquico (el primario) no lo están respecto a los subniveles que lo conforman, dentro de los cuales también es posible prevalencias internas, dado que no todas las normas que se ubican en un mismo nivel tienen el mismo rango.

3.5. El artículo 51 de la Constitución Política del Estado recoge el llamado Principio General de Jerarquía Normativa, precisando que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. De lo previsto en dicho artículo se colige que este principio tiene un fin organizativo del sistema jurídico, consagrando el respeto a la jerarquía de las normas. Según el referido principio de jerarquía normativa, las normas jurídicas se ordenan jerárquicamente, de forma tal que las de inferior rango no pueden contravenir a las superiores, actuando entre la Constitución y las normas primarias (Ley o normas con fuerza de ley) y entre la Ley y las normas con fuerza de ley y las normas secundarias (Reglamentos).

3.6. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 419-2001- AA/TC?, con respecto al Decreto Supremo N° 051-91-PCM argumenta que esta norma fue expedida al amparo del numeral 20 del artículo 211 de la Constitución Política del Perú de 1979, vigente a la fecha de su promulgación,

implicando por ello que goza de jerarquía legal y, en consecuencia, resulta plenamente válida su capacidad modificatoria de la ley (en este caso, la Ley N° 24029, Ley del Profesorado).

3.7. Sin embargo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 9887- 2009-Puno de fecha 15 de diciembre de 2011 dejó establecido que la interpretación dada por el Tribunal Constitucional en la STC N° 419- 2001-AA/TC, fue dada bajo la vigencia de la Constitución Política de 1979; razón por la cual bajo los alcances de la Constitución Política de 1993 dicha interpretación quedo superada en aplicación del artículo 51° y 138° de la citada Constitución, señalando en consecuencia que el Decreto Supremo N° 051-91-PCM por su jerarquía normativa no puede modificar una norma con rango de ley, esto es, el artículo 48° de la Ley N° 24029 - Ley del Profesorado modificado por la Ley N° 25212 concordante con el artículo 2100 del Decreto Supremo N° 019-90-ED (Reglamento de la Ley del Profesorado); más aún, si dicha ley tiene carácter de ley especial para el Magisterio; reiterándose dicho criterio, en la Casación N° 00435- 2008 Arequipa de fecha 01 de julio de 2009 y en la Casación N° 3333-2010-Puno de fecha 25 de abril de 2012.

3.8. Asimismo, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia al resolver con fecha 07 de setiembre de 2007 en la Acción Popular N° 438-07, ha declarado fundada dicha acción declarando ilegal e inaplicable el Decreto Supremo N° 008- 2005-ED de fecha 02 de marzo de 2005, precisándose en el considerando octavo de dicha sentencia la prevalencia de la Ley N° 24029, modificada por la Ley N° 25212 sobre el Decreto Supremo N° 051-91- PCM, sentencia citada en el quinto considerando de la Casación N°

3333-2010 Puno de fecha 25 de abril de 2012, lo que es coherente con la jurisprudencia anteriormente citada. Estando a lo antes referido, se concluye, en aplicación de la doctrina jurisprudencial emitida por la Corte Suprema de la República, así como en aplicación del Principio de Jerarquía Normativa contemplado en el artículo 51° de la Constitución Política del Estado y del Principio de Especialidad de las normas, que la norma que resulta aplicable al caso concreto planteado en estos autos es el artículo 48 de la Ley NO 24029-Ley del Profesorado modificada por la Ley N° 25212 y no el Decreto Supremo NO 051-91-PCM, norma general de inferior jerarquía o rango a la citada Ley del Profesorado, Ley especial.

3.9. De otro lado, se tiene, que en la doctrina jurisprudencial emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República en las Casaciones 4069-2010-Puno, 3201- 2010-Puno y 3591-2010-Arequipa (todas ellas del 25 de abril de 2012) se ha establecido que la bonificación por preparación de clases corresponde ser percibida solamente para las labores propias de un docente en actividad.

3.10. Efectuadas dichas precisiones, se aprecia en el presente caso que el actor cesó por incapacidad permanente parcial en el cargo de director titular del Colegio “Santa Inés” de Yungay, V nivel magisterial, con título de profesor de educación secundaria común, a partir del 8 de febrero de 1993, percibiendo pensión de cesantía nivelable dentro del régimen previsional del Decreto Ley N° 20530, conforme se aprecia del mérito del Oficio N° 087-DZEH-84-UPER de fecha 24 de mayo de 1974 según fojas 2, la Resolución Directoral USE Y. N° 248 de fecha 24 de junio de 1993 obrante a fojas 3 y de la boleta de pago obrante a fojas 4; de lo cual se desprende, que el actor tiene derecho a que se le

abone la bonificación especial mensual por preparación de clases y evaluación en el equivalente al 30% de su remuneración total (no de la remuneración total permanente como indebidamente se le ha venido abonando por la demandada) desde el 01 de febrero de 1991, fecha de aplicación del Decreto Supremo N° 051-91-PCM hasta un día antes de la fecha de su cese, esto es, al 07 de febrero de 1993.

3.11. En atención a lo anteriormente expuesto, se determina que al expedirse la sentencia de vista se ha incurrido en infracción normativa del artículo 48 de la Ley N° 24029 modificado por el artículo 1 de la Ley N° 25212, al desestimar indebidamente el pedido de pago de reintegro de la bonificación especial por preparación de clases y evaluación sobre la base de la remuneración total establecida en dicha norma; careciendo de objeto, emitir opinión respecto a la causal de infracción normativa de los numerales 3 y 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú (también admitidos en el Recurso de Casación interpuesto), en atención a lo dispuesto en los artículos I y V del Título Preliminar del Código Procesal Civil, que informan el derecho de todo justiciable a que el órgano jurisdiccional se pronuncie en un plazo razonable considerando el principio de economía procesal.

IV. OPINIÓN FISCAL

3.12. Por las consideraciones expuestas, esta Fiscalía Suprema OPINA que la Sala de su Presidencia declare FUNDADO el recurso de casación.

3.13. OTROSI DIGO: El suscrito se avoca al conocimiento de la presente causa, en virtud de la Resolución de Fiscalía de la Nación N°1713-2013- MP-FN de 17 de junio de 2013.

II MARCO TEÓRICO

2.1 El proceso contencioso administrativo

2.1.1 Definición

Priori (2009) señala que el proceso contencioso administrativo es el 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. Pero debe tenerse en cuenta que, en virtud del derecho de tutela jurisdiccional efectiva, la pretensión que dirija el particular contra la Administración tendrá como finalidad no sólo revisar la legalidad del acto administrativo como era en el antiguo sistema francés, declarando su validez e invalidez, sino que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva determina que el particular pueda plantear una pretensión solicitando una efectiva tutela a la situación jurídica subjetiva que alega que le ha sido vulnerado o que le está siendo amenazado (p. 87). “Puede definirse como el reclamo o Acción Judicial que se interpone agotada la vía Administrativa para revertir la vulneración a un derecho establecido a favor del demandante por una ley o una disposición administrativa” (Cervantes, 2003, p. 671). En ese orden, se puede señalar al proceso contencioso administrativo como aquel mecanismo que va permitir al administrado cuestionar un acto administrativo emitido por la autoridad administrativa en ejercicio de la función administrativa ante el Poder Judicial, con la finalidad que esta entidad verifique la legalidad de la actuación administrativa y asimismo brinde tutela jurisdiccional efectiva.

2.1.2 El régimen del contencioso administrativo en la Constitución Política del Perú

La Constitución de 1993 regula el proceso contencioso administrativo en su artículo 148: “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativo”.

2.1.3 Finalidad del proceso contencioso administrativo

En palabras de Huamán (2010), la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, la LPCA, se dirige a un doble control: constitucional-legal. Será constitucional en tanto asegura la primacía de derechos fundamentales en la ejecución del poder de auto tutela del Estado peruano, primacía a hacerse en términos *pro homine* y devendrá en un control legal al verificar la actuación de la Administración a marcos administrativos del procedimiento (p. 6061). El artículo 1 de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, establece que la acción contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el 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, asimismo para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo (Huamán, 2010).

2.1.4 Los principios del proceso contencioso administrativo: principio de integración

Una de las expresiones del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es que los órganos jurisdiccionales no pueden dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica que le ha sido sometida a su conocimiento, alegando que no existe una disposición normativa que la regule. En ese sentido, el principio de integración del proceso contencioso administrativo es una derivación de la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, aún en aquellos casos en los cuales no exista norma jurídica aplicable al conflicto de intereses propuesto ante el órgano jurisdiccional. En tal virtud, en la medida que el conflicto de intereses sometido al órgano jurisdiccional es uno de naturaleza administrativa, es evidente que, ante la ausencia de normas de derecho administrativo, deben aplicarse los principios generales del derecho administrativo, algunos de los cuales se encuentran establecidos en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Priori, 2009, p. 103). Según Huamán (2010), todo proceso, inclusive el proceso de la LPCA, asume como fin la resolución de conflictos o diferencias jurídicas, finalidad que atiende no sólo a lo jurídico sino igualmente a lo social. Por esto, se nos dice que el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. En ese sentido, el CPC —al cual se podrá acudir en supletoriedad desde el artículo III de su Título Preliminar— prescribe que en caso de vacío o defecto en las disposiciones procesales, se deberá recurrir a los principios generales

del Derecho Procesal y a la doctrina tan igual como a la jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso (p. 70). El artículo 2.1 de la LPCA proclama que, por mandato del principio de integración, los jueces no deben dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre con relevancia jurídica por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos deberán aplicar los principios del derecho administrativo (Humana, 2010, p. 82).

➤ Principio de igualdad procesal

Huamán (2010) refiere que el principio de igualdad procesal desde el cual se alega que las partes en el proceso contenciosos administrativo deben ser tratados con igualdad, independientemente de su condición de entidad pública o administrado, no es en sí, un mandato directo de igualdad; sino es un mandato programático al interior del proceso mismo (p. 86). El principio de igualdad procesal es recogido en la Ley en dos sentidos. El primero de ellos es de una vez por todas ponerle fin a todos los privilegios procesales que tenía el Estado, lo que ya fuera declarado por la Séptima Disposición Final del Código Procesal Civil. El segundo sentido del principio de igualdad parte de la constatación que el particular no se encuentra en el ámbito de la realidad y jurídico en una situación de igualdad frente al Estado (Priori, 2009, p. 107).

➤ Principio de favorecimiento del proceso

Huamán (2010) plantea que por este principio el juzgador no podrá rechazar laminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa. El principio de favorecimiento de proceso busca satisfacer la urgencia que demanda la

tutela inmediata jurisdiccional ante un acto lesivo a los derechos e intereses de los administrados, bajo un criterio de razonabilidad (p. 87). Por su parte, Priori (2009) señala que cuando el juez realiza el juicio de procedencia inicial de la demanda, debe, siempre que tenga duda entre darle trámite o no a la demanda, optar por darle trámite; lo que se manifiesta especialmente en aquellos casos en los que no se pueda establecer con precisión desde el inicio del proceso el cumplimiento de algunos requisitos de procedencia, como el agotamiento de la vía administrativa (p. 110). Si el juez sigue incrédulo sobre la vía administrativa y su agotamiento a efectos de no emitir un fallo desestimatorio de la pretensión del administrado, entonces podrá ante la existencia de duda razonable continuar con el desarrollo procesal. Entonces nos dice el párrafo segundo del artículo 2.3 de la LPCA que en caso de que el juez tenga cualquier otra duda razonable sobre la procedencia o no de la demanda, deberá preferir darle trámite a la misma (Huamán, 2010). Se ha pronunciado sobre esto ya la jurisdiccional constitucional a efectos de hacer la separación de viabilidad: proceso de amparo-proceso contencioso administrativo en la STC N° 1417-2005- AA/TC: “(...) Por otra parte, en aplicación del principio pro actione que impone al juez interpretar los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción, en los supuestos en los que en el expediente de amparo obre escrito en el que la Administración contradiga la pretensión del recurrente, el juez del contencioso administrativo, no podrá exigir el agotamiento de la vía administrativa” (Huamán, 2010, p. 91)

➤ Principio de suplencia de oficio

Según Priori (2009) refiere, por este principio permite que el juez pueda, de oficio, corregir, en la medida que esté a su alcance, cualquier defecto procesal que advierta en el proceso, sin tener que esperar que lo haga la parte. Dicho principio tiene dos fundamentos: el primero es la concepción del juez como director del proceso y, el segundo el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. De esta forma, con la finalidad de evitar que el proceso concluya o se dilate por una deficiencia formal, se establece como deber del juez que supla cualquier deficiencia en la que puedan haber incurrido las partes, con lo cual el juez debe asumir un rol mucho más activo dentro del proceso, y en particular, un compromiso para velar que el proceso cumpla con su finalidad procurando que éste no se vea entorpecido por cualquier deficiencia de tipo formal (p. 114).

Por su parte, Huamán (2010) manifiesta: Bajo este principio, se enarbola el sistema procesal publicístico a través del cual el juzgador es quien dirige el proceso, por lo que ante deficiencias de forma, estas serán corregidas a fin de dotar de dinamicidad y Derecho regulado en el artículo VII del Título Preliminar de la norma procesal (...) (p. 94) del decurso procesal. Con esta directriz se abre la puerta al principio adjetivo denominado en el CPC como juez.

2.1.5 Objeto del proceso contencioso administrativo

Si bien la ley hace una distinción entre la actuación impugnada y pretensión, no podemos dejar de tener en consideración que aquello que constituye auténticamente el objeto del proceso contencioso administrativo es la pretensión y no la actuación impugnada. Por ello, señala el profesor peruano que lo que

determina el centro u objeto litigiosos del proceso es la pretensión por la cual se solicita tutela jurisdiccional, no así la actuación impugnada, la misma que es la base o fundamento de la petición, puesto que determina los hechos relevantes y la existencia del concreto conflicto frente al cual se definirá el ámbito de la tutela jurisdiccional del administrado (Huapaya, 2006) (Priori, 2009, p. 121).

Por su parte, Gómez (2012) añade: El objeto del proceso contencioso administrativo es la declaratoria de nulidad del acto o resolución administrativa, parcial o total, que se impugna, lo que en buena cuenta significa que, si la acción es amparada por el órgano juzgador, el acto o resolución dictada por el ente administrativo no es conforme con la legalidad por las razones que señalará la sentencia (p. 701).

2.1.6 La pretensión en el proceso contencioso administrativo

La pretensión en el proceso contencioso administrativo tiene como base una actuación de la Administración sujeta al derecho administrativo. De esta forma, el sujeto demandante acude al órgano jurisdiccional solicitando tutela jurídica frente a la Administración, quien ha realizado una actuación o ha omitido hacerla, siempre que la actuación o el deber de cumplimiento no ejecutado sean sujetos al derecho administrativo, es decir, suponga el ejercicio de la función administrativa (Priori, 2009, p. 121).

2.1.7 Tipos de pretensión en el proceso contencioso administrativo

- a) La doctrina procesal administrativa afirma que en el proceso contencioso administrativo se pueden plantear fundamentalmente dos tipos de pretensiones

a) Pretensión de anulación o de nulidad: “A través de esta pretensión, el particular acude al órgano jurisdiccional con la finalidad de que este realice un control de legalidad de una actuación administrativa (en concreto; el acto administrativo), con la particularidad que la competencia del órgano jurisdiccional se limitará a realizar una declaración de nulidad de la actuación administrativa impugnada”. Es por ello que en este caso nos encontramos ante una pretensión meramente declarativa. En ese sentido, “el actor afirma simplemente que un determinado acto administrativo es ilegal (...), que infringe una norma superior de derecho a fin de que la jurisdicción declare su nulidad”, de forma tal que lo que el demandado pretende es que “se declare que un acto administrativo carece de valor jurídico, por ser contrario a normas de superior jerarquía (Mora, 1980)” (Priori, 2009, p. 129- 130).

b) Pretensión de plena jurisdicción: Priori (2009) señala: La pretensión de plena jurisdicción es un reconocimiento, a nivel del proceso contencioso administrativo, del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues a través de ella el particular puede obtener un pronunciamiento jurisdiccional que de manera real y eficaz le proporcione una tutela a las situaciones jurídicas de las cuales es titular (p. 130). “De esa forma, a diferencia de la pretensión de anulación, “la llamada pretensión de plena jurisdicción consiste en que, mediante demanda, una persona afirma tener derecho a tutela jurídica, respecto de una entidad de Derecho Público, para que le reconozca, restituya o indemnice un derecho civil o administrativo, conculcado o desconocido por acto, hecho, omisión, operación administrativa y aún la llamada vía de hecho” (Priori, 2009, p. 130).

2.1.8 Elementos de la pretensión

- I. El petitum u objeto de la pretensión: “Viene hacer el pedido concreto de tutela jurisdiccional que se plantea con el ejercicio del derecho de acción. Es decir, es la providencia jurisdiccional Solicitada por el demandante con el ejercicio de su derecho de acción” (Priori, 2009, 119).

En el proceso contencioso administrativo el petitum lo constituye las pretensiones, previstas en el artículo 5° de la Ley N° 27584.

- II. Las pretensiones en la ley que regula el proceso contencioso administrativo
- a) La declaración de nulidad total o parcial o ineficacia de actos administrativos. Priori (2009) indica: Esta es la tradicional pretensión de anulación que parte de concebir como presupuesto de la actuación jurisdiccional, una actuación administrativa expresada a través de un acto administrativo, sin embargo, incurre en una de las causales de nulidad establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General. Ante ello, se recurre al órgano jurisdiccional para que éste realice una mera revisión de la legalidad del acto, luego de la cual, a través de una sentencia, declarará si dicho acto es o no, contrario a derecho (pp.132-133).
 - b) El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines. Priori (2009) afirma: Esta es la genérica formulación de la pretensión de plena jurisdicción. De esta forma, la ley prevé que los particulares puedan acudir al órgano jurisdiccional a solicitarle que éste reconozca o restablezca una situación jurídica que ha sido vulnerada por la entidad administrativa.

Se pedirá el reconocimiento de una situación jurídica cuando ésta haya sido negada o puesta en duda por la Administración, mientras que el restablecimiento está pensando para cuando la Administración haya despojado de la titularidad de una situación jurídica al particular que demanda o cuando la haya afectado significativamente.

Nótese que en este caso nos encontramos frente a una pretensión meramente declarativa. Ahora bien, es claro que muchas veces no será suficiente el reconocimiento o restablecimiento, por lo que será necesario que además de ello, se adopten medidas concretas que permitan que ese reconocimiento o restablecimiento sea eficaz (p. 133).

“En primer lugar, a diferencia de la pretensión nulificante, esta pretensión no tiene como presupuesto al acto administrativo”. Esta pretensión, puede interponerse contra actuaciones materiales. Ahora: “En segundo lugar, la tutela que se brinda aquí, es una tutela declarativa, como de condena, puesto que en primer lugar, se reconoce o se dispone el restablecimiento de un derecho o interés conculcado por la actuación administrativa (efecto declarativo), y en segundo lugar, se condena a la Administración para que adopte todas las medidas o actos necesarios para el fin de reconocer o restablecer los derechos conculcados (modelo condenatorio)” (Huapaya, 2006, como se cita en Huamán, 2010, p. 157).

- c) La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo. En palabras de Priori (2009), estas pretensiones tienen como base la vía de hecho. En tal sentido, se permite que los ciudadanos puedan acudir ante el órgano jurisdiccional con la

finalidad que se 82 declare que una determina actuación material es contraria a la Constitución o a la Ley, pero, Además, se permite que adicionalmente a dicha pretensión declarativa pueda ser formulada otra de condena consistente en el cese de la actuación material. Son dos pretensiones que no necesariamente pueden ir juntas (p. 136).

- d) Se ordene a la Administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de ley o en virtud de acto administrativo firme. Como plantea Priori (2009), esta es la pretensión prevista en el proceso contencioso administrativo para ser planteada ante la omisión o inercia de la Administración y tiene por finalidad la realización del acto debido. Ahora bien, es muy importante observar que la propia ley establece la razón en la que deba fundarse dicho pedido o, si se quiere, la causa petendi que debe acompañar necesariamente a dicha pretensión, de este modo, esta pretensión de condena se puede basar única y exclusivamente en que hay un mandato expreso de la ley que dispone que la administración actúe de una determinada manera, y a pesar de ello no lo hace; o en que existe un acto administrativo firme que dispone que la administración actúe de un determinado modo, sin embargo ella misma incumple ese mandato. Esas dos situaciones son igualmente ilegítimas y habilitan al ciudadano a formular esta pretensión (p. 137).
- e) La indemnización por daños y perjuicios En palabras de Priori (2009) refiere: Esta pretensión es una manifestación típica de las pretensiones de plena jurisdicción, pues una de las formas de tutela de las situaciones jurídicas es la posibilidad de solicitar el resarcimiento por cualquier tipo de

vulneración de ellas (tutela resarcitoria). De esta forma, si se admite al proceso contencioso administrativo como un proceso mediante el cual se pretende la efectiva tutela de situaciones jurídica subjetivas, es evidente que se tendría que admitir la posibilidad de reclamar, contra la Administración y ante el Poder Judicial, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudiera haber sufrido cualquier vulneración de las situaciones jurídicas subjetivas. Sin embargo, la reciente modificación que ha sufrido la Ley que regula el proceso contencioso administrativo recoge de modo expreso la posibilidad que se plantee la pretensión de indemnización de daños y perjuicios en el proceso contencioso administrativo. En este sentido, en la relación de pretensiones establecida en el artículo 5 de la Ley se establece que es posible plantear como pretensión: “La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores” (pp. 138-139).

III. La causa petendi

De acuerdo con Priori (2009), “la causa petendi se encuentra conformado por los fundamentos de hecho y de derecho que sirven de sustento a la pretensión. Asimismo, señala que “en el caso del proceso contencioso administrativo, la causa petendi estará integrada por la actuación impugnada” (p. 120). En el caso del proceso contencioso administrativo, la causa petendi estará integrada por las actuaciones administrativas impugnables, previstas en el artículo 4 de la Ley 27584, el mismo que prescribe: Son impugnables en el proceso contencioso administrativo las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
3. La actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que trasgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

2.2 El proceso especial

2.2.1 Conceptos

Según Northcote (2011), el procedimiento especial creado por la Ley N° 27584 se aplica a las pretensiones no comprendidas en el proceso urgente. En el procedimiento especial no es procedente la reconvención de la demanda, se puede prescindir de la audiencia de pruebas cuando así se considere pertinente, existe obligación de solicitar informe del Ministerio Público y puede solicitarse informe oral por las partes. En vía del proceso contencioso administrativo especial, según Silvera (2014), se tramita la reposición de trabajadores sujetos a la legislación laboral pública y las nulidades de resoluciones administrativas.

2.2.2 Los puntos controvertidos en el proceso contencioso administrativo

2.2.2.1 Conceptos y otros alcances

Para la aplicación de los puntos controvertidos en el proceso contencioso administrativo, se toma en cuenta supletoriamente lo regulado en el Código Procesal Civil. Según Oviedo (2008), los puntos controvertidos se originan en los hechos incorporados al proceso con la demanda y la pretensión diseñada en ella, de los hechos invocados por el demandado al ejercer el derecho de contradicción (demanda reconvenzional), estos pueden ser afirmados, negados en parte, negados o desconocidos, resulta entonces que los únicos hechos que deben ser materia de prueba los hechos afirmados que a su vez sean negados discutidos o discutibles, debiendo precisar que no es materia de prueba los hechos aceptados por la otra parte, llamados también de pública evidencia, los que tengan a su favor la presunción legal, los irrelevantes y los imposibles (art. 190 del CPC), es decir sólo será materia de prueba los hechos sustanciales que son parte de la pretensión resistidos (no aceptados) por la otra parte -demandado o demandante- si existe reconvencción, son los que constituyen los puntos controvertidos, los que en su oportunidad procesal serán materia de prueba. Concluye Oviedo (2008) que los puntos controvertidos son los hechos en el que las partes no están de acuerdo como consecuencia del ejercicio del derecho de contradicción.

Para Coaguilla (s.f), los puntos controvertidos están dentro del marco normativo del artículo 471° del Código de Procesal Civil; los puntos controvertidos en el proceso pueden ser conceptuados, como los supuestos de hecho sustanciales de la pretensión procesal contenidos en la demanda y que entran en conflicto o

controversia con los hechos sustanciales de la pretensión procesal resistida de la contestación de la demanda.

Por otro lado, Coaguilla precisa que los puntos controvertidos en el proceso nacen de los hechos alegados en la pretensión y de los hechos invocados para la resistencia de la pretensión en el ejercicio del contradictorio.

Más específicamente cita a Gozaíni, quien sustenta que son hechos alegados los que fueron introducidos en los escritos constitutivos de demanda, reconvención y contestaciones y que son objeto de prueba cuando son afirmados por una parte y negados o desconocidos por la otra.

En este sentido también Coaguilla, hace referencia a otros autores que se pronuncian, como Niceto Alcalá y Zamora cuando señala que sólo requieren prueba los hechos afirmados que sean a la vez, discutidos y discutibles; quedando excluidos de prueba los hechos confesados, los notorios, los que tengan en su favor presunción legal, los irrelevantes y los imposibles.

La distinción entre hechos sustanciales y hechos accesorios tiene radical relevancia en tanto que va a determinar los hechos materia de prueba; ya que la discusión en el proceso no puede versar sobre aspectos accesorios sino sobre los puntos sustanciales que sustentan la pretensión. Sobre el particular para concluir, Coaguilla, cita al peruano Jorge Carrión, quien ha reiterado que los hechos controvertidos son los hechos esgrimidos como sustento de una pretensión procesal, tanto en la demanda como en la contestación de la misma, vinculados a la cuestión controvertida.

Normativamente, a partir de la publicación del Decreto Legislativo N.º 1070, según lo advierte Oviedo (2009), hay artículos que han sido modificados, de

cuyo texto se infiere, que una vez notificadas las partes con el auto de saneamiento procesal, dentro del plazo de 3 días, propondrán al juez por escrito los puntos controvertidos, con o sin la propuesta el juez procederá a fijar los puntos controvertidos (quiere decir que las partes no están obligadas a fijar sus puntos controvertidos); esto significa que el juez emitirá un auto contenido en una resolución, en donde evidentemente motivará su decisión (lo que no sucedía en la audiencia destinada para tal fin).

2.2.3 Los sujetos del proceso

2.2.3.1 El Juez

Juez, según Falcón (como se cita en Hinostroza, 2004), es la persona investida por el Estado con jurisdicción para el cumplimiento de la misma. Juez a su vez, es un magistrado (p.16). En sentido genérico, por juez, según Gallinal (como se cita en Hinostroza, 2004), se comprende a todos los que, por pública autoridad, administran justicia, cualquiera sea la categoría de ellos. Según Hinostroza (2010), el órgano competente para conocer del proceso contencioso administrativo es atribuible a los jueces que tienen competencia territorial, pues se fija de acuerdo al sitio donde se encuentra el domicilio del demandado o del lugar de los hechos de lo que deriva la pretensión, que lo dispone el artículo 10 del D.S. N° 0132008- JUS, numeral que regula la competencia territorial en el proceso contencioso administrativo; es competente para conocer dicho proceso en primera instancia, a elección del demandante: el juez del lugar de domicilio del demandado; o, el juez del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda o el silencio administrativo. Asimismo, indica en lo que atañe a la competencia funcional esta

normado en el artículo 11 del mencionado Decreto Supremo: Son competentes para conocer el proceso contencioso administrativo el juez especializado y la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en primer y segundo grado, respectivamente. En los lugares donde no exista juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el juez en lo Civil o el juez mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

La parte procesal A. En sentido general. Las partes son el demandante y el demandado. El demandante es la persona natural o jurídica que presenta una demanda contra otra persona en el juzgado en reclamación de un derecho; mientras que el demandado, es la persona contra quien se presenta la demanda, igualmente natural o jurídica (Poder Judicial, 2013). B. En sentido estricto. Es parte procesal todo sujeto de la relación jurídica procesal; hasta hace un tiempo se consideraba que únicamente era parte procesal el demandante y demandado, pero la doctrina actual ha llegado a la conclusión de que la parte procesal es todo sujeto del proceso, aunque no sea demandante ni demandado (Poder Judicial, 2013).

Entre las partes del proceso se debe distinguir, aquellos que tengan legitimidad para obrar (demandante), tal como lo especifica Hinostroza (2010), entre ellas las de legitimidad para obrar activa que corresponde a los administrados, ejercidos por el titular de un interés personal, directo y actual, afectado por el acto administrativo; y además cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso, tendrán legitimidad para iniciar el proceso contencioso administrativo: el Ministerio Público (actuando como parte), el defensor del pueblo o cualquier persona natural o jurídica. Respecto, a la legitimidad para obrar pasiva en el proceso, Hinostroza señala que aquella compete

al demandado y a quienes se opongan a la pretensión del demandante, ósea; la entidad administrativa que expidió en última instancia el acto o la declaración administrativa impugnada; la entidad de cuyo silencio, inercia u omisión es objeto del proceso; entidad cuyo acto u omisión produjo daños y su resarcimiento es discutido en el proceso, entre otros. Y quien estará a cargo de la representación y defensa de las entidades administrativas es el responsable de la Procuraduría Pública competente, tal como lo norma el artículo 17.1, del D.S. N° 013-2008-JUS.

2.2.3.2 Participación del Ministerio Público

Hinostroza (2010) precisa que el Ministerio Público es el organismo autónomo del Estado que tiene como funciones principales la defensa de la legalidad, los derechos ciudadanos y los intereses públicos, la representación de la sociedad en juicio, para defender a la familia, a los menores e incapaces y el interés social, así como para velar por la moral pública, la persecución del delito y la reparación civil; tal como lo prescribe el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Decreto legislativo N°052 del 16- 03-1981). También velara por la prevención del delito dentro de las limitaciones que resultan de la Ley Orgánica del Ministerio Público y por la independencia de los órganos jurisdiccionales y la recta administración de justicia y los demás que le señala la Constitución Política del Perú y el ordenamiento jurídico de la nación.

En el proceso contencioso administrativo, señala Hinostroza (2010), el Ministerio Público interviene como dictaminador antes de la expedición de la resolución final y en casación, o; como parte cuando la actuación impugnada de la administración pública vulnere o amenace un interés difuso.

2.2.4 La demanda y la contestación de la demanda

2.2.4.1 La demanda. Conceptos

En la *Revista Jurídica Cajamarca*, Grandez (s.f.) conceptualiza a la demanda como la plasmación objetiva del derecho de acción, cuya finalidad es pedir, a la autoridad jurisdiccional competente, resuelva la pretensión basada en un conflicto de intereses o incertidumbre jurídica. Por la demanda se ejercita la acción; es el medio procesal para hacerlo. Asimismo, señala que, al ser la demanda, el primer acto procesal, tiene una trascendental importancia en el desarrollo de la relación jurídica procesal. Ese, su carácter principal, de tantas proyecciones en el proceso, explica y justifica las exigencias del contenido y forma que prescribe la ley, en ella, para admitirla como tal. La demanda es de naturaleza compleja, pues es a la vez: acto iniciador del proceso, ejercicio inicial del derecho de acción, apertura la instancia, es el acto principal del actor, es un acto de petición y postulación; sin embargo, como todo acto procesal, la demanda no puede ser una manifestación del estilo personal, sino que debe cumplir con los requisitos que señala la ley, opinión que es citada por Castillo, en una revista jurídica Cajamarquina.

2.2.4.2 Regulación

La demanda está regulada con sus respectivos requisitos en el Código Procesal Civil Peruano en su artículo 424 y sus anexos en el artículo 425.

2.2.4.3 La pretensión en el petitorio de la demanda

En opinión de Ranilla (s/f), la pretensión en el petitorio de la demanda es una manifestación del pretensor hecha directamente a un emplazado u obligado a satisfacer a satisfacer una petición, pero hecha ante un órgano jurisdiccional competente, tercero destinatario imparcial, al que se le solicita inicie y dirija la composición de un proceso y emita a favor del pretensor un pronunciamiento favorable en su oportunidad.

2.2.4.4 Las pruebas y la sentencia

Concluido el trámite que corresponda en cada proceso, el juzgador debe expedir sentencia, este es el momento cumbre en el cual el juzgador aplica las reglas que regulan a las pruebas. Según el resultado de la valoración de la prueba, el juez pronunciará su decisión declarando el derecho controvertido y condenado o absolviendo la demanda, en todo o en parte.

2.2.4.5 Los medios probatorios actuados en el proceso judicial en estudio

Según el artículo 31 —primer párrafo— del Decreto Supremo N° 013-2008- JUS, en el proceso contencioso administrativo los medios probatorios deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, acompañándose todos los documentos y pliegos interrogatorios. Se admitirán excepcionalmente medios probatorios extemporáneos, cuando estén referidos a hechos ocurridos o conocidos con posterioridad al inicio del proceso contencioso administrativo, vinculados directamente a las pretensiones postuladas.

Es de resaltar que si el particular es parte del proceso contencioso administrativo no tuviera en su poder algún medio probatorio y este se encuentre en poder de alguna entidad administrativa, deberá indicar dicha circunstancia en su escrito de demanda o de contestación, precisando el contenido del documento y la entidad administrativa donde se encuentra con la finalidad de que el órgano jurisdiccional pueda disponer todas las medidas necesarias destinadas a la incorporación de dicho documento al proceso.

2.2.5 Agotamiento de la vía administrativa

Moron (como se cita en Cuaricone, 2011) señala que el agotamiento de la vía administrativa es el privilegio inherente al ejercicio del poder público por el cual para habilitar la procedencia de cualquier acción judicial en su contra es indispensable efectuar un reclamo previo ante sus propias dependencias hasta agotar la vía administrativa.

Asimismo, De la Morena (como se cita en Cuaricone, 2011) expresa que los recursos administrativos cumplen una función de garantía para la administración, dándole la posibilidad de rectificar sus errores o de defender con mayor contundencia el interés público, si estima que actuó correctamente. Añade además que le permite asegurar un control de legitimidad y conveniencia de los actos administrativos de los órganos u organismos inferiores de las administraciones por sus superiores jerárquicos.

La regulación del agotamiento de la vía administrativa

Como manifiesta Hinostroza (2010), la regulación del agotamiento de la vía administrativa en el Perú se da de conformidad con lo dispuesto en el artículo 218, inc.218.2, de la Ley N° 27444, siendo los actos que agotan la vía administrativa:

El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad o órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa. (...) Habría que precisar, que de acuerdo a lo normado en el artículo 22° del D.S.013- 2008- JUS (TUO de la Ley N°27584) , sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil, es un requisito especial de admisibilidad de la demanda contenciosa administrativa: el documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa, salvo excepciones.

El agotamiento de la vía administrativa en el caso en estudio

El documento, que se constituyó en requisito especial para acreditar el agotamiento de la vía administrativa, fue la Resolución Gerencial Regional N° 1558-2015- GRH/GRDS de fecha 18.09.2015, que puso fin a la instancia administrativa. (Resolvió administrativamente infundada el recurso de apelación). El agotamiento de la vía administrativa es de carácter obligatorio para la admisibilidad de los recursos contencioso administrativo.

2.2.6 El acto administrativo

A decir de Dromi (como se cita en Hinostroza, 2010), el acto administrativo es la manifestación específica de voluntad, conocimiento, juicio u opinión de los órganos estatales realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos individuales e inmediatos de relevancia jurídica. En opinión de Tinoco Ritcher (como se cita en Hinostroza, 2010), los actos administrativos propiamente dichos son aquellas decisiones de carácter general o particular, emanadas de las autoridades en ejercicio de sus propias funciones, referentes a los derechos, deberes o intereses de las actividades administrativas o de los particulares en relación con la administración. Normativamente, la Ley N° 27444, en el artículo N° 1 prescribe que son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta, en el citado numeral se precisa que no constituyen actos administrativos:

Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan. Los comportamientos y actividades materiales de las entidades (de la Administración pública).

Requisitos de validez del acto administrativo

Los requisitos de validez del acto administrativo se encuentran contemplados en el artículo 3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), numeral que establece como requisitos lo siguiente:

1. Competencia. Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
2. Objeto o contenido. Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
3. Finalidad pública. Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
4. Motivación. El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular. Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

Nulidad del acto administrativo

La nulidad es la condición jurídica por la cual un acto jurídico, para efectos de este informe, un acto administrativo, deviene en ineficaz por no reunir los requisitos de validez o ha incurrido en las causales de nulidad previstas en la normatividad aplicable. Para Northcote (2008), la nulidad generará que este acto no surta efectos desde su emisión, es decir, como si nunca se hubiera emitido. De tal manera que si ya hubiera tenido consecuencias en la realidad, estas deberán retrotraerse al momento anterior a la emisión del acto y, de no ser posible esto, se deberá resarcir a la persona o personas perjudicadas con el acto nulo.

Causales de nulidad del acto administrativo

Entre las causales de nulidad del acto administrativo previstas en el artículo 10° de la Ley N° 27444, que hace mención Northcote (2008), se tiene:

- La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. De acuerdo a la Ley N° 27444, el acto administrativo que sea emitido sin observar la Constitución, las leyes o las normas reglamentarias, es nulo y, por lo tanto, no debe surtir efectos.
- El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14. El acto administrativo es nulo cuando carece de

alguno de los requisitos de validez, sin embargo, la Ley señala que la nulidad puede evitarse si se presenta alguno de los supuestos de conservación del acto administrativo previstos en el artículo 14° de la Ley. La conservación del acto administrativo no implica que el acto deja de ser nulo, sino que, por determinadas circunstancias, la nulidad es superada por tratarse de defectos o vicios que no son trascendentes.

- Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición. En este caso, el acto administrativo es nulo al haberse omitido alguno de los requisitos previstos para que se conceda la solicitud o recurso.
- Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma. Este supuesto se refiere a los casos en los que el acto administrativo constituye un delito tipificado por el Código Penal u otras normas con rango de ley. También se refiere al caso en el que el acto administrativo es emitido como consecuencia de un acto delictivo.

El acto administrativo, es una decisión o declaración de voluntad que es formulada por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de sus funciones, y lo referido a la nulidad, esta sólo puede ser declarada por el funcionario jerárquico superior al que expidió el acto que se invalida, y si se tratara de un acto emitido por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad será declarada por resolución del mismo funcionario.

Actos impugnables

Son los actos y disposiciones de la Administración en relación con los cuales será admisible el recurso contencioso-administrativo. En este sentido, son actos impugnables todos los que hayan puesto fin a la vía administrativa. Las disposiciones de carácter general que dictare la Administración del Estado, las entidades locales, las corporaciones e instituciones públicas, podrán ser impugnadas directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, una vez aprobadas definitivamente en vía administrativa. También será admisible la impugnación de los actos que se produjeran en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conforme a derecho (Enciclopedia Jurídica, 2014)

Morón (2008) considera que existe una clasificación de los actos administrativos que resulta de la Ley N° 27444, referido a la impugnabilidad o no de los actos administrativos, y así se distingue el acto administrativo firme de aquel que no es firme, porque aún puede ser impugnado. El acto que no es firme es el que puede ser impugnado, sea por vía administrativa a través de los recursos administrativos. En cambio, el acto firme, es el acto que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias de recurso. El acto administrativo firme es aquel que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo o contencioso administrativo, al haberse extinguido los plazos fugaces para ejercer el derecho de contradicción y sobre el cual el único recurso que cabe, es el recurso de revisión. Son los actos y disposiciones de la Administración en relación con los cuales será admisible el recurso contencioso-administrativo. En este sentido, son actos impugnables todos los que hayan puesto fin a la vía administrativa.

III IDENTIFICACIÓN, ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DE LOS PROBLEMAS PRESENTADOS

3.1 Problema principal

A. Determinar si corresponde declarar judicialmente la nulidad total de la Resolución Directoral Ugel Yungay N° 0893 del 20 de agosto de 2010, y como consecuencia la Resolución Directoral Regional N° 0775 del 30 de marzo del 2011, y se ordene que se cumpla con abonar la bonificación especial mensual real, equivalente al 30% de una remuneración total, que corresponde a un profesor por concepto de preparación de clases y evaluación.

Del análisis del proceso se infiere que corresponde declarar judicialmente la nulidad de la Resolución Directoral Regional N° 0893 del 20 de agosto de 2010 y como consecuencia la Resolución Directoral Regional n° 0775 del 30 de marzo del 2011, siendo que el artículo 1 del Decreto Supremo N° 0110-2001-EF, concordante con el Decreto de Urgencia N° 088-2001, establece que la aplicación del incentivo a la productividad no tiene naturaleza remunerativa ni pensionable, por el contrario dicha entrega constituye un aliciente para estimular la permanencia voluntaria de los trabajadores en su centro de trabajo, es por ello que dicho incentivo por productividad se viene otorgando al personal en actividad de conformidad al Decreto Supremo N° 067-92-EF y Decreto Supremo N° 025-93-PCM.

De lo señalado precedentemente, se desprende también de la propia norma, que establece que las asignaciones especiales no tienen carácter remunerativo ni pensionable; dispositivo que guarda armonía con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, según el cual “la ley, desde su entrada en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y

no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo” . De esta forma se concluye que la propia Constitución no sólo cierra la posibilidad de nivelar las pensiones de los jubilados con las de los servidores en actividad a futuro, sino que además determina que un pedido como del demandante deba ser desestimado en tanto que no resulta posible, el día de hoy, disponer el pago de dinero en atención a una supuesta disparidad pasada.

Asimismo, la nivelación pensionaria establecida para las pensiones de cesantía otorgadas conforme al Decreto Ley 20530, en aplicación de lo establecido por la Ley 23495 y su norma reglamentaria, no constituye por razones de interés social un derecho exigible, más aún cuando el abono de reintegros derivados del sistema de reajuste creado por el instituto en cuestión no permitiría cumplir con la finalidad de la reforma constitucional, esto es, mejorar el ahorro público para lograr el aumento de las pensiones más bajas. A ello debe agregarse que en la STC 0050-2004-AI/TC y otros, este Colegiado ha señalado que “no [se] puede ni [se] debe avalar intento alguno de abuso en el ejercicio del derecho a la pensión”.

3.2 Problemas accesorios

B. Establecer si la vía procedimental que se siguió fue la correcta: de escritura pública El proceso en estudio se tramitó vía proceso contencioso administrativo especial, el cual es idóneo y conforme a ley interponer demanda sobre nulidades de resoluciones administrativas.

El proceso contencioso administrativo es el 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. Tal como lo

establece la Constitución de 1993, que regula el proceso contencioso administrativo en su artículo 148º: “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa”.



IV JURISPRUDENCIA VINCULANTE AL TEMA

- ❖ Recurso de agravio constitucional (Exp. N°1944-2011-AC/TC) LORETO
Fundamento destacado: Quinto.- En el presente caso la pretensión está referida a la nivelación pensionaria, por lo que este Colegiado se remite a la STC 2924-2004-AC/TC para su resolución. En dicha sentencia, al analizar un pedido de nivelación, se ha dejado establecido que la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 prohíbe expresamente la nivelación de pensiones y que siendo dicha norma de aplicación inmediata, declarar fundada la demanda “supondría atentar contra lo expresamente previsto en la Constitución”.
- ❖ Recurso de agravio constitucional (Exp. N°1944-2011-AC/TC) LORETO
Fundamento destacado: Sexto.- En la sentencia precitada este Tribunal ha recordado que conforme a lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución, “la ley, desde su entrada en vigencia se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo” (énfasis agregado). De esta forma concluyó que la propia Constitución no sólo cierra la posibilidad de nivelar las pensiones de los jubilados con las de los servidores en actividad a futuro, sino que además determina que un pedido como el de la demandante deba ser desestimado en tanto que no resulta posible, el día de hoy, disponer el pago de dinero en atención a una supuesta disparidad pasada.
- ❖ Recurso de agravio constitucional (Exp. N°1944-2011-AC/TC) LORETO
Fundamento destacado: Séptimo.- Por lo indicado la nivelación 106 pensionaria

establecida para las pensiones de cesantía otorgadas conforme al Decreto Ley 20530, en aplicación de lo establecido por la Ley 23495 y su norma reglamentaria, no constituye por razones de interés social un derecho exigible, más aún cuando el abono de reintegros derivados del sistema de reajuste creado por el instituto en cuestión no permitiría cumplir con la finalidad de la reforma constitucional, esto es, mejorar el ahorro público para lograr el aumento de las pensiones más bajas. A ello debe agregarse que en la STC 0050-2004-AI/TC y otros, este Colegiado ha señalado que “no [se] puede ni [se] debe avalar intento alguno de abuso en el ejercicio del derecho a la pensión”.

- ❖ Cass. 7785-2012 San Martín. Fundamento destacado Sexto, (...)” no procede solicitar a partir de la vigencia de la Ley 28389 que modifica /os artículos 11°, 103° y la Primera Disposición Final y Transitoria de la constitución Política del Perú, la nivelación de pensiones remuneraciones de servidores o funcionarios en actividad. Esta prohibición alcanza tanto a la vía administrativa como a la judicial.

V CONCLUSIONES

PRIMERA: Con base en los argumentos de la parte demandante, las razones evidencian la selección de los hechos probados o improbados (elementos imprescindibles, expuestos en forma coherente, sin contradicciones, congruentes y concordantes con los alegados por las partes, en función de los hechos relevantes que sustentan la pretensión).

SEGUNDA: Que en el presente proceso de nulidad de resolución administrativa el juez verificó que existe legitimidad para obrar denominando *legitimatio ad causam*, que es la calidad para obrar pretendiendo o resistiendo la pretensión, con lo que se expresa que, para el juez estime la demanda, no basta que considere existente el derecho, sino es necesario que considere que este corresponde precisamente a aquel que lo hace valer. Así mismo, se verificó que existe interés para obrar o accionar, necesidad de tutela jurisdiccional efectiva que en el proceso concurren las condiciones de la acción y presupuestos procesales que harán viable un pronunciamiento válido y oportuno sobre el fondo de esta litis, advirtiéndose que el proceso no adolece de efecto o nulidad.

TERCERA: En cuanto a la sentencia de primera instancia, las razones evidencian aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, con lo cual el juez forma convicción respecto del valor del medio probatorio para dar a conocer de un hecho concreto. Además, evidencia claridad, esto es, el contenido del lenguaje no excede ni abusa del uso de tecnicismos, tampoco de palabras o expresiones en lenguas extranjeras, ni viejos tópicos o argumentos retóricos; asimismo, se asegura de no anular o perder de vista que su objetivo es que el receptor decodifique las expresiones ofrecidas.

CUARTA: En cuanto a la sentencia de segunda instancia, las razones se orientan a evidenciar que las normas aplicadas han sido seleccionadas de acuerdo con los hechos y pretensiones. En cuanto al contenido, las normas indican que son válidas, refiriéndose a su vigencia, y su legitimidad: vigencia en cuanto validez formal, y legitimidad, por cuanto es coherente y no contraviene a ninguna otra norma del sistema.

QUINTA: En cuanto a la sentencia de segunda instancia, el pronunciamiento evidencia resolución nada más que de las pretensiones ejercitadas; no se extralimita pronunciándose más allá de lo solicitado.

SEXTA: En cuanto a la sentencia de segunda instancia, el pronunciamiento evidencia aplicación de las dos reglas precedentes a las cuestiones introducidas y sometidas al debate, en primera instancia; el pronunciamiento evidencia correspondencia (relación recíproca) con la parte expositiva y considerativa.

SÉPTIMA: Asimismo, con respecto a la sentencia de segunda instancia, el recurrente está de acuerdo, toda vez que está debidamente motivada la sentencia, en tanto que evidencia el asunto: el planteamiento de las pretensiones, el problema sobre lo que se decidirá, el objeto de la impugnación o la consulta, así como los extremos a resolver.

VI REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bautista, P. (2006). *Teoría general del proceso civil*. Ediciones Jurídicas.
- Blacutt, M. (2012). *Estadística aplicada con SPSS. Módulo I*.
<http://www.mailxmail.com/curso-estadistica-aplicada-spss-modulo/conceptovariante-estadistica-tipos-variables>.
- Bustamante, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. ARA Editores.
- Cabanellas; G. (1998). *Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales*.
Actualizada, corregida y aumentada. (25.ª ed.). Heliasta.
- Cajas, W. (2011). *Código Civil y otras disposiciones legales* (17.ª ed.). RODHAS.
- Cervantes, D. (2005). *Manual de derecho administrativo* (4.ª ed.). RODHAS.
- Chanamé, R. (2009). *Comentarios a la Constitución* (4.ª ed.). Jurista Editores.
- Coaguilla, J. (s.f.). *Los puntos controvertidos en el proceso civil*.
<http://drjaimecoaguila.galeon.com/articulo12.pdf>.
- Córdova, J. (2011). *El proceso civil. Problemas fundamentales del proceso*.
Caballero Bustamante.
- Couture, E. (2002). *Fundamentos del derecho procesal civil* (4.ª ed.). IB de F.
Montevideo.
- Cuaricone, J. (2011). *Agotamiento de la vía administrativa*.
<http://es.slideshare.net/joseluiscuadros/agotamiento-de-la-via-administrativa8528215>
- Hinostroza, A. (1998). *La prueba en el proceso civil*. Gaceta Jurídica.
- Hinostroza, A. (2004). *Sujetos del proceso civil*. Gaceta Jurídica.

- Hinostroza, A. (2010). *Proceso contencioso administrativo* (7.^a ed.). Ediciones Jurídicas Grijley.
- Ley N° 27444. (2001, 10 de abril). Ley del Procedimiento Administrativo General.
http://www.peru.gob.pe/docs/PLANES/14110/PLAN_14110_LEY_N%C2112%BA
- Oviedo, M. (2009). *Fijación de puntos controvertidos*.
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/11/23/fijacion-de-puntos-controvertidos/>
- Parada, R. (2012). *Concepto y fuentes del derecho administrativo*.
<http://www.marcialpons.es/static/pdf/9788497689991.pdf>
- Priori, G. (2006). *La competencia en el proceso civil peruano*.
<http://blog.pucp.edu.pe/item/23993/la-competencia-en-el-proceso-civilperuano>
- Priori, G. (2011). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal de Trabajo*. ARA Editores.
- Sagastegui, P. (2003). *Exégesis y sistemática del Código Procesal Civil*. Grijley.
- Ticona, V. (1994). *Código Procesal Civil. Comentarios, material de estudio y doctrina* (2.^a ed.). Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
- Ticona, V. (1999). *El debido proceso y la demanda civil. Tomo I* (2.^a ed.). Editorial Rodhas.