



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

RESOLUCIÓN Nº 002146-2018-SERVIR/TSC-Primera Sala

EXPEDIENTE : 4090-2018-SERVIR/TSC
IMPUGNANTE : SANTOS HERMAN ULLOA BURGOS
ENTIDAD : UNIDAD DE GESTIÓN EDUCATIVA LOCAL OTUZCO
RÉGIMEN : LEY Nº 29944
MATERIA : RÉGIMEN DISCIPLINARIO
 DESTITUCIÓN

SUMILLA: *Se declara INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el señor SANTOS HERMAN ULLOA BURGOS contra la Resolución Directoral Nº 0001605-2018-GRLL-GGR-GRSE/UGEL-O, del 17 de septiembre de 2018, emitida por la Dirección del Programa Sectorial III de la Unidad de Gestión Educativa Local Otuzco; al haberse acreditado la comisión de la falta imputada.*

Lima, 29 de octubre de 2018

ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución Directoral Nº 0001418-2018-GRLL-GGR-GRSE/UGEL-O, del 17 de julio de 2018, con base en el Informe Preliminar Nº 001-2018-GRLL-GGR-GRSE/UGEL-OTUZCO/S.T, del 11 de julio de 2018, la Dirección del Programa Sectorial III de la Unidad de Gestión Educativa Local Otuzco, en adelante la Entidad, instauró procedimiento administrativo disciplinario al señor SANTOS HERMAN ULLOA BURGOS, docente contratado de la Institución Educativa Nº 80229 – Otuzco, en adelante el impugnante, por presuntamente haber realizado tocamientos indebidos a la menor de iniciales R.I.C.C.; en consecuencia, habría incumplido su deber establecido en el literal c) del artículo 40º de la Ley Nº 29944 – Ley de Reforma Magisterial e incurrido en la falta prevista en el literal f) del artículo 49º de la referida ley¹.
2. El 30 de julio de 2018, el impugnante presentó sus descargos negando el hecho imputado y señalando lo siguiente:

¹ Ley Nº 29944 – Ley de Reforma Magisterial

“Artículo 49º.- Destitución

Son causales de destitución, la transgresión por acción u omisión de los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente, considerado como muy grave. También se consideran faltas o infracciones muy graves, pasibles de destitución, las siguientes:

(...)

f) Realizar conductas de hostigamiento sexual y actos que atenten contra la integridad, indemnidad y libertad sexual tipificados como delitos en el Código Penal”.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Tribunal del Servicio
Civil

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

- (i) No está probada la falta que se le atribuye.
 - (ii) El hostigamiento sexual requiere una conducta del infractor reiterada; sin embargo, independientemente de que el hecho que se le atribuye no es cierto, se le acusa que solo habría ocurrido en una oportunidad (14 de junio de 2018); por lo que, no se cumple el elemento de reiterancia, vulnerándose el principio de tipicidad.
 - (iii) No se han configurado los elementos constitutivos del hostigamiento sexual.
 - (iv) Es obligación de la parte denunciante aportar los medios probatorios que acrediten el hecho denunciado y para este caso resulta imprescindible contar con una pericia psicológica. En ese sentido, al no haber sido evaluada la menor por el psicólogo, no existe ninguna información o registro que den certeza de las versiones de los padres de familia.
 - (v) Debe considerarse el principio constitucional de presunción de inocencia.
3. A través de la Resolución Directoral N° 0001605-2018-GRLL-GGR-GRSE/UGEL-O, del 17 de septiembre de 2018², la Dirección del Programa Sectorial III de la Entidad impuso al impugnante la sanción de destitución, al haberse acreditado el hecho imputado y por tanto, habría incurrido en la falta prevista en el literal f) del artículo 49° de la Ley N° 29944.

Asimismo, se dispuso resolver el contrato del impugnante aprobado mediante Resolución Directoral N° 0000801-2018, del 27 de febrero de 2018.

TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN

4. El 2 de octubre de 2018, el impugnante interpuso recurso de apelación contra la Resolución Directoral N° 0001605-2018-GRLL-GGR-GRSE/UGEL-O, solicitando se revoque la citada resolución, en virtud de los siguientes fundamentos:
- (i) El acto impugnado adolece de una debida motivación.
 - (ii) Se ha vulnerado su derecho de defensa porque no le hizo traslado de todos los medios probatorios que se obtuvieron del Ministerio Público.
 - (iii) La falta del literal f) del artículo 49° de la Ley N° 29944 describe lo siguiente: a) realizar conductas de hostigamiento sexual y, b) realizar actos que atenten contra la integridad, indemnidad y libertad sexual tipificados en el Código Penal. Sin embargo, la resolución de sanción no ha especificado por cuál de las dos conductas se le ha sancionado o si es por ambas.
 - (iv) No es cierto el hecho que se le atribuye.
 - (v) Se ha vulnerado el principio de razonabilidad.

² Notificada al impugnante el 19 de septiembre de 2018.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

5. Mediante Oficio N° 318-2018-GRLL-GGR-GRSE-UGEL O-D, la Dirección del Programa Sectorial III de la Entidad remitió al Tribunal del Servicio Civil, en adelante el Tribunal, el recurso de apelación interpuesto por el impugnante, así como los antecedentes que originaron la resolución impugnada.
6. Con Oficios N°s 014503 y 014504-2018-SERVIR/TSC, la Secretaría Técnica del Tribunal comunicó al impugnante y a la Entidad, respectivamente, sobre la admisión del recurso de apelación.

ANÁLISIS

De la competencia del Tribunal del Servicio Civil

7. De conformidad con el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1023³, modificado por la Centésima Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013⁴, el Tribunal tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, en las materias: acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo; siendo la última instancia administrativa.
8. Asimismo, conforme a lo señalado en el fundamento jurídico 23 de la Resolución de Sala Plena N° 001-2010-SERVIR/TSC⁵, precedente de observancia obligatoria sobre

³ **Decreto Legislativo N° 1023 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos**

“Artículo 17°.- Tribunal del Servicio Civil

El Tribunal del Servicio Civil - el Tribunal, en lo sucesivo - es un órgano integrante de la Autoridad que tiene por función la resolución de controversias individuales que se susciten al interior del Sistema.

El Tribunal es un órgano con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia.

Conoce recursos de apelación en materia de:

- a) Acceso al servicio civil;
- b) Pago de retribuciones;
- c) Evaluación y progresión en la carrera;
- d) Régimen disciplinario; y,
- e) Terminación de la relación de trabajo.

El Tribunal constituye última instancia administrativa. Sus resoluciones podrán ser impugnadas únicamente ante la Corte Superior a través de la acción contenciosa administrativa.

Por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, previa opinión favorable de la Autoridad, se aprobarán las normas de procedimiento del Tribunal”.

⁴ **Ley N° 29951 - Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013**
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

“CENTÉSIMA TERCERA.- Deróguese el literal b) del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1023, Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos”.

⁵ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 17 de agosto de 2010.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

competencia temporal, el Tribunal es competente para conocer en segunda y última instancia administrativa los recursos de apelación que sean presentados ante las entidades a partir del 15 de enero de 2010, siempre y cuando, versen sobre las materias establecidas descritas en el numeral anterior.

9. Sin embargo, cabe precisar que en el caso de las entidades del ámbito regional y local, el Tribunal únicamente es competente para conocer los recursos de apelación que correspondan a la materia de régimen disciplinario, en virtud a lo establecido en el artículo 90º de la Ley Nº 30057 – Ley del Servicio Civil⁶, y el artículo 95º de su reglamento general, aprobado por Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM⁷; para aquellos recursos de apelación interpuestos a partir del 1 de julio de 2016, conforme al comunicado emitido por la Presidencia Ejecutiva de SERVIR y publicado en el Diario Oficial “El Peruano”⁸, en atención al acuerdo del Consejo Directivo de fecha 16 de junio del 2016⁹.

⁶Ley Nº 30057 – Ley del Servicio Civil

“Artículo 90º.- La suspensión y la destitución

La suspensión sin goce de remuneraciones se aplica hasta por un máximo de trescientos sesenta y cinco (365) días calendario previo procedimiento administrativo disciplinario. El número de días de suspensión es propuesto por el jefe inmediato y aprobado por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces, el cual puede modificar la sanción propuesta. La sanción se oficializa por resolución del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. La apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil.

La destitución se aplica previo proceso administrativo disciplinario por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces. Es propuesta por el jefe de recursos humanos o quien haga sus veces y aprobada por el titular de la entidad pública, el cual puede modificar la sanción propuesta. Se oficializa por resolución del titular de la entidad pública. La apelación es resuelta por el Tribunal del Servicio Civil”.

⁷Reglamento de la Ley Nº 30057, aprobado por Decreto Supremo Nº 040-2014-PCM

“Artículo 95º.- Competencia para el ejercicio de la potestad disciplinaria en segunda instancia

De conformidad con el artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 1023, que crea la Autoridad del Servicio Civil, rectora del sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, la autoridad competente para conocer y resolver el recurso de apelación en materia disciplinaria es el Tribunal del Servicio Civil, con excepción del recurso de apelación contra la sanción de amonestación escrita, que es conocida por el jefe de recursos humanos, según el artículo 89 de la Ley.

La resolución de dicho tribunal pronunciándose sobre el recurso de apelación agota la vía administrativa”.

⁸El 1 de julio de 2016.

⁹ Decreto Legislativo Nº 1023 - Decreto Legislativo que crea la Autoridad Nacional del Servicio Civil, Rectora del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos

“Artículo 16º.- Funciones y atribuciones del Consejo Directivo Son funciones y atribuciones del Consejo Directivo:

- Expedir normas a través de Resoluciones y Directivas de carácter general;
- Aprobar la política general de la institución;
- Aprobar la organización interna de la Autoridad, dentro de los límites que señala la ley y el Reglamento de Organización y Funciones;
- Emitir interpretaciones y opiniones vinculantes en las materias comprendidas en el ámbito del sistema;



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

10. Por tal razón, al ser el Tribunal el único órgano que resuelve la segunda y última instancia administrativa en vía de apelación en las materias de acceso al servicio civil, evaluación y progresión en la carrera, régimen disciplinario y terminación de la relación de trabajo, con la resolución del presente caso asume dicha competencia, pudiendo ser sus resoluciones impugnadas solamente ante el Poder Judicial.
11. En ese sentido, considerando que es deber de todo órgano decisor, en cautela del debido procedimiento, resolver la controversia puesta a su conocimiento según el mérito de lo actuado; y, habiéndose procedido a la admisión del recurso de apelación y valoración de los documentos y actuaciones que obran en el expediente, corresponde en esta etapa efectuar el análisis jurídico del recurso de apelación.

Del régimen disciplinario aplicable a los docentes contratados

12. De los documentos que obran en el expediente administrativo se aprecia que cuando ocurrieron los hechos imputados, el impugnante estaba contratado como docente en el marco de la Ley N° 29944 – Ley de Reforma Magisterial, por lo que corresponde determinar previamente qué régimen disciplinario era aplicable a su caso.
13. En ese sentido, en lo que respecta a los profesores contratados, la Ley N° 29944 regula en sus artículos 76° a 79° la contratación de estos, así como la política de contratación y remuneración, precisando que no forman parte de la Carrera Pública Magisterial.
14. Por su parte, el texto original del Reglamento de la Ley N° 29944, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2013-ED, en lo que se refiere a los profesores contratados, en materia disciplinaria concretamente, estableció que, *“El profesor contratado, aun cuando haya concluido el vínculo laboral con el Estado, es sometido a proceso administrativo disciplinario regulado en la Ley N° 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública”*. Así también, prescribe que: *“El profesor contratado que incurra*

- e) Nombrar y remover al gerente de la entidad y aprobar los nombramientos y remociones de los demás cargos directivos;
- f) Nombrar, previo concurso público, aceptar la renuncia y remover a los vocales del Tribunal del Servicio Civil;
- g) Aprobar la creación de Salas del Tribunal del Servicio Civil;
- h) Proponer el Texto Único de Procedimientos Administrativos;
- i) Supervisar la correcta ejecución técnica, administrativa, presupuestal y financiera de la institución;
- j) Disponer la intervención de las Oficinas de Recursos Humanos de las entidades públicas; y
- k) Las demás que se señalen en el Reglamento y otras normas de desarrollo del Sistema.”

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Tribunal del Servicio Civil, aplicando lo dispuesto por el Art. 25° del D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 028-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web: <https://app.servir.gob.pe/verificacion/> ingresando el código de verificación que aparece en la parte superior izquierda de este documento.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

en infracción administrativa contemplada en la Ley del Código de Ética de la Función Pública es sancionado previo proceso administrativo disciplinario sumario a cargo de la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes en un plazo no mayor de un (01) mes improrrogable”. Por lo que, en principio, podía afirmarse que el texto original del Reglamento de la Ley N° 29944 aludía a la aplicación de la Ley N° 27815 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, a los docentes contratados.

15. Ahora, si bien la Ley N° 29944 precisa que los profesores contratados no están dentro de la Carrera Pública Magisterial, debe tenerse en cuenta que dicha ley no solo regula la Carrera Pública Magisterial, sino que como establece el artículo 1º de la misma “(...) *tiene por objeto normar las relaciones entre el Estado y los profesores que prestan servicios en las instituciones y programas educativos públicos de educación básica y técnico productiva y en las instancias de gestión educativa descentralizada*”. De modo que al no hacer distinción entre profesores nombrados o quienes hayan ingresado a la carrera pública magisterial, y profesores contratados, puede inferirse que su objeto es regular de manera general la relación de ambos grupos de profesores con el Estado. Así pues, el mismo artículo 1º señala que: *“Regula sus deberes y derechos, la formación continua, la Carrera Pública Magisterial, la evaluación, el proceso disciplinario, las remuneraciones y los estímulos e incentivos”*.
16. Por esta razón, incluso el Reglamento de la citada ley señala que: (el reglamento) también es de aplicación, en lo que corresponda, a los profesores contratados. Igualmente, establece que: *“El profesor contratado no está comprendido en la carrera pública magisterial, pero si en las disposiciones de la Ley y el presente Reglamento en lo que le sea aplicable”*.
17. Dicho esto, observamos que el artículo 43º de la Ley N° 29944 prescribe lo siguiente: *“Los profesores que se desempeñan en las áreas señaladas en el artículo 12 de la presente Ley, que transgredan los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones, incurren en responsabilidad administrativa y son pasibles de sanciones según la gravedad de la falta y la jerarquía del servidor o funcionario”*.
18. Así tenemos que, una de estas áreas de desempeño laboral es la de Gestión Pedagógica, que comprende *“tanto a los profesores que ejercen funciones de enseñanza en el aula y actividades curriculares complementarias al interior de la institución educativa y en la comunidad, como a los que desempeñan cargos jerárquicos en orientación y consejería estudiantil, jefatura, asesoría, formación entre pares, coordinación de programas no escolarizados de educación inicial y coordinación académica en las áreas de formación establecidas en el plan curricular”*.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

19. Por lo que al ejercer funciones de enseñanza en aula, el impugnante se encontraría comprendido en el artículo 43º de la Ley Nº 29944 aun cuando no se encuentre dentro de la Carrera Pública Magisterial, y consecuentemente, le sería aplicable también el régimen disciplinario regulado en la citada ley.
20. Por lo tanto, en atención a lo señalado en los párrafos precedentes, para el caso de los docentes contratados, este cuerpo Colegiado puede colegir que la Unidad de Gestión Educativa Local debe recurrir a las faltas tipificadas en la Ley Nº 29944 o a las infracciones de la Ley Nº 27815, bajo el procedimiento regulado en la Ley Nº 29944.
21. Al respecto, resulta necesario precisar que este criterio señalado por el Tribunal en anteriores resoluciones ha sido materializado en las nuevas disposiciones del Reglamento de la Ley Nº 29944, modificado por Decreto Supremo Nº 005-2017-MINEDU, y publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de mayo de 2017, las mismas que establecen lo siguiente:

“Artículo 96º.- Encausamiento y Acumulación

96.1. El profesor de la Carrera Pública Magisterial y el profesor contratado, aun cuando hayan concluido el vínculo laboral con el Estado, son sometidos a proceso administrativo disciplinario, por faltas graves, muy graves o por infracciones que cometa en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo a lo establecido en el Capítulo IX del presente Reglamento. (...)”.

“Artículo 107º.- Del proceso administrativo disciplinario por infracciones al Código de Ética de la Función Pública

El proceso administrativo disciplinario por infracciones a la Ley Nº 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública, está a cargo de las Comisiones reguladas en los artículos 91 y 92 del presente Reglamento y se lleva a cabo conforme a las reglas sustantivas y procedimentales de la Ley de Reforma Magisterial y el presente Reglamento”.

“Artículo 213º.- Sanción por falta o infracción administrativa

213.1 El profesor contratado que incurra en falta grave o muy grave o en infracción administrativa por vulneración de los principios, deberes y prohibiciones de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, es sancionado previo proceso administrativo disciplinario sumario a cargo de la Comisión Permanente de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes en un plazo no mayor de un (01) mes improrrogable”.
(Subrayado nuestro).



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

22. En consecuencia, para el caso de los docentes contratados, este cuerpo Colegiado puede colegir que la Entidad debe recurrir a las faltas tipificadas en la Ley N° 29944 o a las infracciones de la Ley N° 27815, bajo las reglas procedimentales reguladas en la Ley N° 29944 y su Reglamento; siendo que en el presente caso la Entidad cumplió efectivamente con invocar las normas que regulan el régimen disciplinario aplicable al impugnante.

Sobre el interés superior del niño y adolescente

23. En el presente caso, el impugnante es sancionado con destitución mediante Resolución Directoral N° 0001605-2018-GRLL-GGR-GRSE/UGEL-O, del 17 de septiembre de 2018, por haber realizado tocamientos indebidos en contra de la menor de iniciales R.I.C.C.
24. En tal sentido, se advierte la presencia de un elemento que no puede pasar inadvertido y que se refiere al estatus especial de la menor que presuntamente fue víctima de hostigamiento sexual al haber recibido tocamientos indebidos por parte del impugnante, y cuyos derechos a la integridad física, igualdad y dignidad de la persona se habrían visto vulnerados.
25. Al respecto, cabe mencionar que el interés superior del niño y el adolescente es un principio reconocido primigeniamente en la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, estableciendo en el Principio 2 lo siguiente:

“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”.

26. El mismo criterio quedó reiterado y desarrollado en el numeral 1 del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, que en su momento dispuso:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

27. En el ordenamiento jurídico nacional, el artículo 4° de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que *“La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño,*



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono”; y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, señala que “En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

28. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional¹⁰ ha señalado que “(...) lo que se quiere enfatizar con el principio señalado, es pues, el interés prioritario que subyace tras toda medida o decisión adoptada por el Estado y sus órganos cuando del niño o del adolescente se trata. Dicho interés, como es obvio suponer, no se traduce en una simple concepción enunciativa, sino que exige, por sobre todo, la concretización de medidas y decisiones en todos los planos. Estas últimas, como regla general, gozarán de plena legitimidad o sustento constitucional en tanto sean adoptadas a favor del menor y el adolescente, no en su perjuicio, lo que supone que de presentarse casos en los que sus derechos o intereses tengan que verse afectados por alguna razón de suyo justificada (otros bienes jurídicos) deberá el Estado tratar de mitigar los perjuicios hasta donde razonablemente sea posible”.
29. Entonces, podemos inferir que en toda situación en la que se encuentren de por medio niños, niñas y adolescentes, las decisiones que adopten las autoridades, como por ejemplo este Tribunal, deben procurar garantizar la defensa de sus intereses frente a otros intereses o bienes jurídicos, ya que aquellos gozan de una protección especial.

Sobre la declaración testimonial en el procedimiento administrativo disciplinario

30. Previamente a analizar si la falta imputada se encuentra debidamente acreditada, esta Sala considera pertinente pronunciarse por la validez del medio probatorio, es decir, la validez de la declaración testimonial de la menor agraviada respecto del hecho atribuido al impugnante, que obra en el expediente administrativo.
31. El artículo 229º del Código Procesal Civil¹¹, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos, prohíbe que declare como testigo el absolutamente incapaz¹², salvo que nos situemos en el supuesto del artículo 222º

¹⁰ Fundamento 15º de la sentencia recaída en el Expediente Nº 04509-2011-PA/TC.

¹¹ **Código Procesal Civil**

“Artículo 229º.- Prohibiciones

Se prohíbe que declare como testigo:

1. El absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 222”.

¹² **Código Civil**



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

del mismo cuerpo normativo¹³, que establece que los menores de edad pueden declarar en los casos permitidos por la ley. No obstante, no hay disposición alguna en materia disciplinaria, administrativa o civil que haya regulado el ofrecimiento de testimonios por parte de menores de edad. Vemos pues que el Código Procesal Civil prescribe que los menores de dieciocho años pueden declarar solo en los casos permitidos por la ley.

32. Ante la situación antes descrita, este Tribunal considera necesario recurrir a otros cuerpos legales que regulen el *ius puniendi* del Estado a fin de tener pautas orientadoras que permitan la resolución del caso concreto, y salvaguardar los derechos de la persona agraviada.
33. Así pues, el numeral 3º del artículo 171º del Nuevo Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N° 957, prescribe que: *“Cuando deba recibirse testimonio de menores y de personas que hayan resultado víctimas de hechos que las han afectado psicológicamente, se podrá disponer su recepción en privado. Si el testimonio no se actuó bajo las reglas de la prueba anticipada, el Juez adoptará las medidas necesarias para garantizar la integridad emocional del testigo y dispondrá la intervención de un perito psicólogo, que llevará a cabo el interrogatorio propuesto por las partes. Igualmente, permitirá la asistencia de un familiar del testigo”*.
34. En este contexto, se advierte que obra en el expediente la declaración testimonial de la menor agraviada de iniciales R.I.C.C. tomada en Audiencia de Cámara Gessel el 16 de julio de 2018, contando con la presencia de los representantes del Ministerio Público, la madre de la menor y su abogada, conforme consta en la Transcripción de Cámara Gessel.
35. En esa línea, la citada declaración no fue tomada de manera irregular o sin la presencia de personas adultas, sino como diligencia durante la investigación fiscal, lo que estimamos respalda el contenido de lo señalado por la menor agraviada.
36. A criterio de esta Sala, los testimonios que puedan brindar menores de edad vendrán a constituir pruebas de suma relevancia cuando se investiguen hechos como el imputado al impugnante, con la finalidad de esclarecer las investigaciones y, de ser el caso, sancionar al infractor o, de lo contrario, evitar la imposición de sanciones injustificadas. En caso que no se permitiera declarar, o haciéndolo se pretenda invalidar la prueba, cuando ello sea determinante para esclarecer una

“Artículo 43º.- Son absolutamente incapaces:

Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley”.

¹³ Código Procesal Civil

“Artículo 222º.- Aptitud

Toda persona tiene el deber de declarar como testigo, si no tuviera excusa o no estuviera prohibida de hacerlo. Los menores de dieciocho años pueden declarar solo en los casos permitidos por la ley”.



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

investigación disciplinaria, no solamente podría avalarse indebidamente la impunidad del infractor sino que, además, se podría poner en peligro la estabilidad física y/o emocional de los educandos, en caso estos fuesen víctimas de maltratos, agresiones, o actos de hostigamiento sexual por parte de sus profesores y/o trabajadores del centro educativo.

37. En ese orden de ideas, esta Sala considera que la declaración testimonial de la menor agraviada constituye una prueba válida para la investigación.

Sobre la acreditación del hecho imputado al impugnante

38. De acuerdo a lo señalado en los antecedentes de la presente resolución, mediante Resolución Directoral Nº 0001605-2018-GRLL-GGR-GRSE/UGEL-O, del 17 de septiembre de 2018, se impuso al impugnante la sanción de destitución por presuntamente haber realizado tocamientos indebidos a la menor de iniciales R.I.C.C.; por lo que será en base a tal imputación el análisis que se realizará.

39. Al respecto, se advierte que obran en el expediente administrativo los siguientes documentos:

- (i) Acta de manifestación del 15 de junio de 2018, realizada por los padres de la menor de iniciales R.I.C.C. en presencia del director y una profesora de la institución educativa, en donde señalan lo siguiente:

“En horas de la tarde del día jueves 14 de junio su menor hija (...) se acercó asustada, abrazó a su mamá y le dijo que el profesor Santos Ulloa Burgos, profesor de Educación Física la había violado porque la había llevado a su cuarto (...) una vez allí el profesor la cogió, la abrazó y le metió la lengua a la boca, luego la tiró a la cama y le bajó el pantalón y le puso la lengua en el potito, y luego le pidió no decir nada a nadie. Después salieron y fueron a la cancha de fútbol del complejo donde se encontraban (...).

Este hecho ha ocurrido en momentos en que el profesor en mención se encontraba desarrollando la clase de Educación Física quien alquila un cuarto cerca al Complejo Santa Rosa”.

- (ii) Manifestación de la madre de la menor de iniciales R.I.C.C. en presencia de la Fiscal Adjunta Provincial, en la que se indica lo siguiente:

“PREGUNTADO PARA QUE DIGA SI SE RATIFICA EN SU DENUNCIA VERBAL CONTRA EL ANTES INDICADO, DIJO: Sí, en todos sus extremos.

PREGUNTADO PARA QUE DIGA SI PUEDE NARRAR EN QUÉ CONSISTEN LOS HECHOS QUE DENUNCIA, DIJO: Que, el día 14 de junio del 2018 (...) mi esposo



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

fue a dejar a mi hija a la escuela y la recoge a la una de la tarde, y la lleva a mi negocio (...) yo llego a eso de la 1.30 y veo a mi niña de iniciales R.I.C.C. que sale de la casa de mi cuñado y me coge bien fuerte de mi cintura y con su cabecita agachada me dice que su profesor de educación física la había violado, y le pregunto cómo así hijita y me dice el profesor me ha dicho acompáñame a dejar un libro a mi cuarto y ella se fue con el profesor y que cuando ella entra al cuarto el profesor de nombre Santos Herman Ulloa Burgos le cierra la puerta y la abraza fuerte y le mete la lengua por su boquita y de ahí le pone a su cama y le baja el pantalón y su ropa interior y le pone su lengua por su potito y por su vagina, y le digo y por qué no has gritado hijita y ella me dice que no podía porque el profesor le dijo que no gritara (...)

PREGUNTADA PARA QUE DIGA ¿CÓMO HA VISTO SU COMPORTAMIENTO DE SU MENOR HIJA, DESPUÉS QUE LE HA COMENTADO LOS HECHOS ANTES INDICADOS? DIJO: Que, la notó asustada y me ha dicho que el profesor le ha dicho que si sigue hablando le van a llevar a todos presos, la noto rebelde, me contesta cuando le digo algo, en la noche se despierta y me mira si estoy a su lado, luego vuelve a dormir y me dice que educación física no quiere hacer (...)

- (iii) Transcripción de Audiencia de Cámara Gessel del 16 de julio de 2018, realizada por el Ministerio Público, en la cual la menor de iniciales R.I.C.C. narró cómo se suscitó el hecho materia de imputación. Entre otros puntos, la menor agraviada señaló lo siguiente:

“Ps. [Psicólogo]: Pregunta si le ha pasado algo

***Menor:** Me pasó algo en la casa del profesor de Física, el profesor se llama Santos Burgos.*

***Ps.:** Cuéntame qué pasó*

***Menor:** Estaba en el Complejo, haciendo Educación Física (...) entonces él espera a los niños y yo no sabía que era malo (...)*

***Ps.:** Han estado haciendo Educación Física en el Complejo, luego del Complejo has ido a otro sitio*

***Menor:** Me fui a su casa, él me dijo anda deja mi cuaderno y después él abrió la puerta de su cuarto y se sentó en una silla y me metió la lengua en mi boca, en mi potito y en mi vagina.*

***Ps.:** Él se sentó en una silla, tú entraste a su cuarto, ¿cómo es su cuarto?*

***Menor:** Él tiene una cama acá, y hay una mesa y ahí dejé el cuaderno y al lado no hay nada.*

***Ps.:** En su cuarto estaba, ¿te dijo algo?*

***Menor:** Sí, que no le contara a nadie.*

***Ps.:** ¿Qué cosa no te dijo que contaras?*

***Menor:** Lo que había pasado que no le cuente al Director, ni a mi papá ni a mi mamá.*



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

(...)

Ps.: *Quiero que me digas cuando estabas en el cuarto ¿qué hizo?*

Menor: *Metió su lengua en mi boca, mi potito y mi vagina, y me mostró su pena y nada más.*

Ps.: *Entonces tú me dices que regresaste al Complejo Deportivo y de ahí ¿a dónde se fueron?*

Menor: *Nos fuimos al colegio, y yo quería contarle a la profesora, pero el profesor me estaba mirando en la puerta.*

Ps.: *Y luego ¿qué hiciste?*

Menor: *Mi papá me recoge del colegio y luego le conté a mi mamá (...).”*

El relato de la evaluada en su evaluación de veracidad se ubica en el 90%.

RECOMENDACIONES:

Para la evaluada

- No estar expuesta ante la figura de su posible agresor por lo menos hasta que su tratamiento psicológico haya concluido con éxito y ella se sienta preparada en futuro.
- Ser estimulada en la socialización escolar para un mejor desenvolvimiento cognitivo conductual.

40. Sobre el particular, resulta pertinente precisar que a criterio de esta Sala, por el contexto en que sucedió el hecho imputado, en donde únicamente se encontraban la menor y el impugnante, solo se tiene como testigos presenciales a dichas personas. En ese escenario, el testimonio brindado por la estudiante o a través de sus padres vendrá a constituir una prueba importante en la investigación.
41. Ahora bien, se imputa al impugnante el haber cometido tocamientos indebidos en contra de la menor de iniciales R.I.C.C., conducta proscrita que afecta la indemnidad sexual de la menor, la cual es entendida como la situación en la que no puede haber ningún tipo de actividad sexual, a diferencia de la libertad sexual, siendo esta última la facultad que tienen los sujetos capaces para elegir realizar o no actividades sexuales. Cabe señalar que aunque la conducta reprochable administrativamente no alcanza únicamente al contacto físico de índole sexual que realice el docente, los tocamientos indebidos implican un incumplimiento del deber de cuidado que tienen los docentes sobre los educandos.
42. En el presente caso, respecto de los tocamientos indebidos que la menor ha narrado haber sufrido por parte del impugnante, se debe considerar que no solo se tienen las manifestaciones de sus padres sino que también obra una transcripción de la Audiencia de Cámara Gessel desarrollada por el Ministerio Público, y cuyo relato de la menor en su evaluación de veracidad es del 90%. Además, de la declaración



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

de la menor se advierte que esta identifica plenamente al impugnante como el causante del hecho imputado, lo cual se condice con lo declarado por su padres.

43. Así también, se aprecia que el testimonio narrado por la menor desde el día de ocurrido el hecho mantuvo coherencia con lo declarado posteriormente ante el psicólogo en la Audiencia de Cámara Gessel, y que la misma no estuvo motivada por algún odio o rencor hacia el impugnante, por lo que no puede dejar de considerarse su testimonio por una carencia de objetividad.
44. En este punto, esta Sala considera oportuno señalar que, dado el contexto en que sucedió el hecho imputado, se reduce la probabilidad de que existan testigos de los tocamientos indebidos hacia la menor, por tal razón, sería desproporcional requerir otras clase de medios probatorios para acreditar la culpabilidad del impugnante, toda vez que a diferencia de una violación sexual, los tocamientos indebidos no podrían acreditarse con un certificado médico.
45. En consecuencia, este cuerpo Colegiado estima que se encuentra acreditada la responsabilidad administrativa del impugnante, al incurrir en la falta administrativa prevista en el literal f) del artículo 49º de la Ley de Reforma Magisterial.
46. Por otro lado, el impugnante alega en su recurso de apelación que el acto impugnado adolece de una debida motivación y que se ha vulnerado su derecho de defensa porque no le hizo traslado de todos los medios probatorios que se obtuvieron del Ministerio Público.

Al respecto, se advierte que la Entidad ha sustentado su decisión en los resultados de la Audiencia de Cámara Gessel y que se ha pronunciado sobre los descargos del impugnante, además, se le dio la oportunidad al impugnante de ofrecer los medios probatorios correspondientes antes de emitir la resolución de sanción, por lo que no se advierte vulneración alguna.

47. Asimismo, el que no se le haya trasladado la transcripción de la Cámara Gessel no invalida el procedimiento administrativo, pues se observa que esta se llevó a cabo también en presencia del abogado del impugnante, con lo cual, se infiere que el impugnante tenía conocimiento de lo expuesto en dicha audiencia.

Sobre la observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad

48. Los principios de proporcionalidad y razonabilidad se encuentran establecidos en el artículo 200º de la Constitución Política del Perú, habiendo el Tribunal Constitucional señalado que *“...el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la*



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación...”. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia en la actuación de la administración pública, “...debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las persona”¹⁴.

49. Por otro lado, como señala Carlos Blancas Bustamante, citando a Vásquez Vialard: *“no basta tomar solo en cuenta el hecho que dio fundamento a la decisión; debe juzgarse su gravedad en función del contexto (cargo desempeñado por el trabajador, antecedentes laborales, currículum laboral, etc.)”¹⁵.*
50. De modo que los principios de razonabilidad y proporcionalidad constituyen un límite a la potestad sancionadora del empleador que garantiza que la medida disciplinaria impuesta guarde correspondencia con los hechos. Lo que implica que la entidad, luego de que haya comprobado objetivamente la comisión de la falta imputada, deba elegir la sanción a imponer valorando elementos como la gravedad de la falta, los antecedentes del trabajador, el cargo desempeñado u otros.
51. En el presente caso, el impugnante alega que se ha vulnerado el principio de razonabilidad; sin embargo, se observa que la Entidad ha sancionado al impugnante con destitución por haber incurrido en la falta de hostigamiento sexual al haber realizado tocamientos indebidos a la menor de iniciales R.I.C.C., lo cual, dada la connotación y gravedad de la conducta infractora, afecta los derechos a la dignidad, intimidad y vulnera el principio de Interés Superior del Niño; por lo que, esta Sala estima que debe confirmarse la sanción de destitución impuesta, por resultar proporcional y razonable a la falta cometida.
52. Por las consideraciones expuestas, esta Sala considera que debe declararse infundado el recurso de apelación interpuesto por el impugnante.

¹⁴ Sentencia recaída en el expediente N° 2192-2004-AA /TC. Fundamento Undécimo

¹⁵ Blancas Bustamante, Carlos. *“El despido en el derecho laboral Peruano”*, 2da Ed. Ara Editores, Lima, 2006, p.230.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Tribunal del Servicio
Civil

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”
“Año del Diálogo y la Reconciliación Nacional”

En ejercicio de las facultades previstas en el artículo 17º del Decreto Legislativo N° 1023, la Primera Sala del Tribunal del Servicio Civil;

RESUELVE:

PRIMERO.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por el señor SANTOS HERMAN ULLOA BURGOS contra la Resolución Directoral N° 0001605-2018-GRLL-GGR-GRSE/UGEL-O, del 17 de septiembre de 2018, emitida por la Dirección del Programa Sectorial III de la UNIDAD DE GESTIÓN EDUCATIVA LOCAL OTUZCO; por lo que se CONFIRMA la citada resolución.

SEGUNDO.- Notificar la presente resolución al señor SANTOS HERMAN ULLOA BURGOS y a la UNIDAD DE GESTIÓN EDUCATIVA LOCAL OTUZCO, para su cumplimiento y fines pertinentes.

TERCERO.- Devolver el expediente a la UNIDAD DE GESTIÓN EDUCATIVA LOCAL OTUZCO.

CUARTO.- Declarar agotada la vía administrativa debido a que el Tribunal del Servicio Civil constituye última instancia administrativa.

QUINTO.- Disponer la publicación de la presente resolución en el Portal Institucional (www.servir.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.



RICARDO JAVIER
HERRERA VÁSQUEZ
VOCAL



LUIGINO PILOTTO
CARREÑO
PRESIDENTE



OSCAR ENRIQUE
GOMEZ CASTRO
VOCAL

L8/P2