

LA LEY N° 29944 – LEY DE REFORMA MAGISTERIAL, VALORACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA, ACREDITACIÓN Y MOTIVACIÓN DE LA FALTA

Los Vocales integrantes de la Primera y Segunda Salas del Tribunal del Servicio Civil, reunidos en Sala Plena, de conformidad con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 4° del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-PCM, modificado por el Decreto Supremo N° 135-2013-PCM y por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM¹, emiten el siguiente:

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. El Tribunal del Servicio Civil como órgano colegiado encargado de resolver las controversias individuales que se suscitan entre las Entidades y las personas a su servicio al interior del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos en las materias de su competencia, entre estas, el régimen disciplinario, viene resolviendo numerosos recursos de apelación interpuestos por servidores que pertenecen al régimen de la Ley N° 29944 – Ley de Reforma Magisterial, quienes han sido sancionados por la comisión de la falta prevista en el literal f) del artículo 49° de la referida ley, concerniente a realizar conductas de hostigamiento sexual y actos que atenten contra la integridad, indemnidad y libertad sexual contra los y las estudiantes.

2. En relación con tales casos, se advierte que, un gran número de procedimientos administrativos disciplinarios son declarados nulos por vulneración de los principios de verdad material e impulso de oficio, así como del deber de motivación y debido procedimiento, entre otros; toda vez que, las autoridades que tienen a su cargo la conducción de los procedimientos administrativos disciplinarios no realizan las investigaciones necesarias a fin de recopilar las pruebas que permitan determinar la ocurrencia de los hechos que se imputan a los servidores; asimismo, se observa que en muchos casos no se realiza un adecuado análisis y valoración de los medios probatorios, incurriendo en una motivación insuficiente de los actos a través de los cuales se impone la sanción.

3. En virtud de ello, se advierte la necesidad de establecer criterios que permitan a las Entidades realizar un mejor análisis, valoración de los medios de prueba y motivación de sus actos para la configuración y acreditación de la falta prevista en el literal f) del artículo 49° de la Ley N° 29944, lo que redundará en pro de la seguridad jurídica y del respeto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes agraviados, así como de los docentes investigados.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- La falta de hostigamiento sexual prevista en el literal f) del artículo 49° de la Ley N° 29944 – Ley de Reforma Magisterial y su configuración

4. De acuerdo con los artículos 13° y 15° de la Constitución Política del Perú, la educación tiene como

ORGANISMOS TECNICOS ESPECIALIZADOS

**AUTORIDAD NACIONAL
DEL SERVICIO CIVIL**

Precedente administrativo sobre la falta de hostigamiento sexual tipificada en el literal f) del Artículo 49° de la Ley N° 29944 - Ley de la reforma Magisterial, valoración de los medios de prueba, acreditación y motivación de la falta

**RESOLUCIÓN DE SALA PLENA
N° 003-2020-SERVIR/TSC**

Lima, 5 de junio de 2020

Asunto: LA FALTA DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL TIPIFICADA EN EL LITERAL f) DEL ARTÍCULO 49° DE

¹ Reglamento del Tribunal del Servicio Civil, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-PCM modificado por el Decreto Supremo N° 135-2013-PCM y por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Supremo N° 040-2014-PCM.

"Artículo 4°.- Conformación

El Tribunal está conformado por el Presidente del Tribunal, por los vocales de todas las Salas, la Secretaría Técnica y las Salas que aprueba el Consejo. Las funciones de las Salas y la Secretaría Técnica se encuentran desarrolladas en el Reglamento de Organización de Funciones de SERVIR. El Presidente del Tribunal y los vocales de todas las salas son designados y removidos por el Consejo de acuerdo a lo establecido en el artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1023.

Los pronunciamientos que así se determinen en Sala Plena del Tribunal constituyen precedentes administrativos de observancia obligatoria. Dichos pronunciamientos deberán ser adoptados por no menos del cincuenta por ciento más uno del total de los vocales del Tribunal".

finalidad el desarrollo integral de la persona humana, asimismo el educando tiene derecho a una formación que respete su identidad, así como al buen trato psicológico y físico.

5. Bajo estas disposiciones constitucionales, se han emitido diversas políticas y normas a fin de prevenir, evitar, sancionar y erradicar todo tipo de violencia, como la violencia sexual en contra de los niños, niñas y adolescentes en las instituciones educativas, garantizando el ejercicio de sus derechos fundamentales a la integridad física y psicológica, indemnidad sexual y buen trato.

6. En cuanto a las medidas para reprimir o disuadir conductas de violencia sexual de los docentes hacia los menores, la Ley N° 29944 – Ley de Reforma Magisterial ha establecido en el literal f) del artículo 49° como falta muy grave, pasible de la sanción de destitución, el “realizar conductas de hostigamiento sexual y actos que atenten contra la integridad, indemnidad y libertad sexual tipificados como delitos en el Código Penal”.

7. No obstante, ni la aludida Ley de Reforma Magisterial ni su Reglamento², han desarrollado el concepto jurídico de “hostigamiento sexual”, definición que resulta necesaria para verificar la configuración de la referida falta.

8. Ante la inexistencia de dicha definición en las normas que regulan las relaciones entre profesores y estudiantes, corresponderá tener en cuenta el concepto jurídico de hostigamiento sexual previsto en la Ley N° 27942 – Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, cuya última modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1410, lo define como **“una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra la que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier otra índole. En estos casos no se requiere acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta”**.

9. De acuerdo con el artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 27942, aprobado por Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP, una **conducta de naturaleza sexual** se refiere a aquellos comportamientos o actos físicos, verbales, gestuales u otros de connotación sexual, tales como comentarios e insinuaciones; observaciones o miradas lascivas; exhibición o exposición de material pornográfico; tocamientos, roces, o acercamientos corporales; exigencias o proposiciones sexuales; contacto virtual; entre otras de similar naturaleza. Asimismo, una **conducta sexista** alude a comportamientos o actos que promueven o refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o género respecto del otro; conducta que deberá ser evaluada de acuerdo con los enfoques de género y de interculturalidad, de modo que permita erradicar toda forma de violencia basada en género, orientación e identidad sexual, u otros factores, teniendo en cuenta las diferentes visiones culturales de los diversos grupos étnico-culturales.

10. Asimismo, el artículo 6° de la Ley N° 27942, modificado por el Decreto Legislativo N° 1410, establece que el hostigamiento sexual **puede manifestarse a través de las siguientes conductas:**

a) Promesa implícita o expresa a la víctima de un trato preferente o beneficioso respecto a su situación actual o futura a cambio de favores sexuales.

b) Amenazas mediante las cuales se exija en forma implícita o explícita una conducta no deseada por la víctima, que atente o agrave su dignidad.

c) Uso de términos de naturaleza o connotación sexual o sexista (escritos o verbales), insinuaciones sexuales, proposiciones sexuales, gestos obscenos o exhibición a través de cualquier medio de imágenes de contenido sexual, que resulten insoportables, hostiles, humillantes u ofensivos para la víctima.

d) Acercamientos corporales, roces, tocamientos u otras conductas físicas de naturaleza sexual que resulten ofensivas y no deseadas por la víctima.

e) Trato ofensivo u hostil por el rechazo de las conductas señaladas en este artículo.

f) Otras conductas que encajen en el concepto regulado en el artículo 4 de la Ley.

11. En ese sentido, estando a que la Ley N° 27942 define al hostigamiento sexual como una forma de violencia con connotación sexual o sexista, deberá también tenerse en cuenta la definición de violencia sexual desarrollada en los Lineamientos para la Gestión de la Convivencia Escolar, la Prevención y la Atención de la Violencia Contra Niñas, Niños y Adolescentes, aprobados por Decreto Supremo N° 004-2018-MINEDU, según los cuales ésta es entendida como: “todo acto de índole sexual propiciado por un adulto o adolescente para su satisfacción. Puede consistir en actos con contacto físico (tocamiento, frotamiento, besos íntimos, coito interfemorales, actos de penetración con el órgano sexual o con las manos o con los dedos u otro objeto que pueda causar daño) o sin contacto físico (exhibicionismo, actos compelidos a realizar en el cuerpo del agresor o tercera persona, imponer la presencia en que la niña o niño se baña o utiliza los servicios higiénicos, obligado a presenciar y/o utilizado en pornografía, acoso sexual por medio virtual o presencial, entre otros). Tratándose de niñas, niños y adolescentes no se considera necesaria que medie la violencia o amenaza para considerarse como violencia sexual”.

12. De lo expuesto, podemos colegir que, a efectos de determinar la configuración de la falta de hostigamiento sexual prevista en el literal f) del artículo 49° de la Ley N° 29444, los órganos o autoridades que tienen a su cargo los procedimientos administrativos disciplinarios seguidos a los docentes deberán tener en cuenta las definiciones y criterios descritos en los numerales 8, 9, 10 y 11 del presente documento; con el fin de verificar si el hecho imputado se subsume o no en la referida falta.

13. Sin perjuicio de ello, cabe mencionar que aquellos actos que supongan otro tipo de violencia (no de índole sexual) o que no representen manifestaciones con contenido sexual o sexista en contra de los y las estudiantes, también son pasibles de ser sancionados a través de otras faltas, como la establecida en el literal d) del artículo 49° de la Ley N° 29944, que sanciona con destitución la conducta de “Incurrir en actos de violencia o causar grave perjuicio contra los derechos fundamentales de los estudiantes (...)”.

14. De igual manera, resulta pertinente tener en cuenta que, los artículos 48° y 49° de la Ley N° 29444, prevén como causal de cese temporal o destitución “la transgresión u omisión, de los principios, deberes, obligaciones y prohibiciones en el ejercicio de la función docente”, considerados como graves y muy graves, respectivamente; párrafos que constituyen faltas en sí mismas, a modo de cláusulas de remisión, por el incumplimiento o infracción de otras disposiciones; por lo que, para su configuración se requerirá que se complementen con la imputación del incumplimiento de, por ejemplo, alguno de los deberes contemplados en el artículo 40° de la misma ley, como el de “respetar los derechos de los estudiantes”, previsto en el literal c) o, el de “Asegurar que sus actividades profesionales se fundamenten en el respeto mutuo, la práctica de los derechos humanos, la Constitución Política del Perú (...)”, previsto en el literal n) del mismo artículo.

- Sobre los principios relacionados con la carga de la prueba, la acreditación de los hechos y el deber de motivación de los actos que imponen sanciones disciplinarias por la falta de hostigamiento sexual

Los principios de verdad material, impulso de oficio y el deber de motivación

15. De acuerdo con el artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por el Perú en el año 1990, los Estados Partes deben adoptar las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual; precisando que tales medidas deben comprender

² Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2013-ED.

procedimientos eficaces para, entre otros, la investigación de los casos de violencia que permitan aportar pruebas a procesos administrativos, civiles y penales, lo que incluirá, entre otros, el recabar las opiniones del niño y tenerlas en cuenta³. (subrayado nuestro).

16. En relación con la investigación de los casos de hostigamiento sexual, debemos empezar por referirnos al principio de verdad material recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el TUO de la Ley N° 27444⁴, el cual establece el deber de la autoridad administrativa de verificar la ocurrencia de los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, precisando que para ello deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados.

17. En virtud de ello, las autoridades no podrán imponer una sanción sin haber verificado la ocurrencia del hecho imputado (previsto en el supuesto de una norma como falta o infracción). En caso contrario, no sólo se vulnerará el principio de verdad material sino además el derecho a la presunción de inocencia⁵, el cual conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional resulta también aplicable en el marco de la potestad administrativa disciplinaria⁶.

18. El derecho a la presunción de inocencia incorpora una presunción "iuris tantum" capaz de ser desvirtuada a través de una mínima actividad probatoria⁷. Similar presunción también ha sido recogida en el TUO de la Ley N° 27444, a través del principio de licitud⁸, según el cual, se debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

19. En cuanto a la actividad probatoria, el TUO de la Ley N° 27444 establece que la carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio⁹, según el cual las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

20. Por lo tanto, en un procedimiento administrativo disciplinario, en virtud a los principios de verdad material e impulso de oficio, la carga de la prueba le corresponde a la Administración Pública, con la finalidad de demostrar la veracidad de las imputaciones formuladas por la comisión de una falta.

21. De otro lado, el derecho a la debida motivación o principio de debida motivación, que forma parte del principio de debido procedimiento, previsto en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444¹⁰ y, recogido como requisito de validez del acto administrativo, en el numeral 4 del artículo 3° de la citada ley¹¹, establece la obligatoriedad de que la autoridad manifieste de manera expresa las razones que motivan su decisión, "tanto respecto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por funcionario o colegiado"¹².

22. En esa línea, el Tribunal Constitucional manifiesta que "la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; (...) alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones. En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador"¹³.

23. De acuerdo con lo señalado en la Guía Práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos, elaborada por el MINJUS¹⁴, la motivación tiene como una de sus funciones, el generar parámetros mínimos que la autoridad debe seguir, lo que permite a las partes controlar si la autoridad ha analizado y evaluado sus argumentos presentados para sustentar sus posiciones. Asimismo, permitirá verificar si la autoridad realizó una

valoración de las pruebas ofrecidas. De modo que, cuando la "autoridad afirma que un hecho se encuentra probado es porque tiene un conjunto de elementos probatorios suficientes que le permiten sostener dicha afirmación. Ese conjunto de elementos tiene que ser mostrado al motivar su decisión"¹⁵.

24. En ese sentido, es a través de la motivación que, los órganos o autoridades que tienen a su cargo los procedimientos administrativos disciplinarios, deben exteriorizar la valoración que han realizado de los medios

³ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Observación General N° 13 (2011). Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, numeral 51.

⁴ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.**

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos bilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público".

⁵ **Constitución Política del Perú**

"Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(...)

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 05104-2008-PA/TC, Fundamento N° 9.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 2440-2007-PHC/TC, Fundamento N° 5.

⁸ Previsto en el numeral 9 del artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-PCM.

⁹ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.**

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias".

¹⁰ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.**

"Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten".

¹¹ **Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.**

"Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Fundamento N° 8.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Fundamentos N° 9 y 10.

¹⁴ Guía Práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos, MINJUS, Primera Edición, 2016, p.18.

¹⁵ Guía Práctica sobre la actividad probatoria en los procedimientos administrativos, MINJUS, Primera Edición, 2016, p. 26.

de prueba, lo que permitirá justificar su decisión, evitando pronunciamientos arbitrarios.

El interés superior del niño

25. El artículo 4° de nuestra Constitución Política precisa que: "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, adolescente (...)". Asimismo, el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que "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"¹⁶.

26. En relación con la relevancia del principio del interés superior del niño en nuestro ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2079-2009-PHC/TC señaló que: "constituye un deber el velar por la vigencia de los derechos del niño y la preferencia de sus intereses, resultando que ante cualquier situación en la que colisione o se vea en riesgo el interés superior del niño, indudablemente, este debe ser preferido antes que cualquier otro interés. (...) **En consecuencia, en la eventualidad de un conflicto frente al presunto interés del adulto sobre el del niño, prevalece el de este último;** y es que parte de su esencia radica en la necesidad de defensa de los derechos de quien no puede ejercerlos a plenitud por sí mismo y de quien, por la etapa de desarrollo en que se encuentra, no puede oponer resistencia o responder ante un agravio a sus derechos".

27. Asimismo, en el marco de las obligaciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, se emitió la Ley N° 30466 y su reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP, con el fin de establecer parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño en los procesos y procedimientos en los que estén inmersos los derechos de los niños y adolescentes.

28. En la citada ley se precisa que: "El interés superior del niño es un derecho, un principio y una norma de procedimiento que otorga al niño el derecho a que se considere de manera primordial su interés superior en todas las medidas que afecten directa o indirectamente a los niños y adolescentes, garantizando sus derechos humanos".

29. Además, se señala que en "los posibles conflictos entre el interés superior del niño, desde el punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general, se resuelven caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando una solución adecuada. Lo mismo se hace si entran en conflicto los derechos de otras personas con el interés superior del niño".

30. Es necesario tener en consideración que, la Ley N° 30466 y su Reglamento, establecen una serie de **garantías procesales** como, el derecho del niño a ser escuchado, a expresar su propia opinión y que sea tomada en consideración en la administración de justicia, la determinación de los hechos, con la participación de profesionales capacitados y la argumentación jurídica de la decisión tomada en la consideración primordial del interés superior del niño, entre otras.

31. Por lo expuesto, debemos advertir que en nuestro ordenamiento jurídico se exige a todas las autoridades que integran el Estado tener en cuenta el interés superior del niño no solo como principio sino también como norma de procedimiento que impone una serie de garantías procesales en pro de los intereses de los niños, niñas y adolescentes; los cuales deberán ser sopesados cuidadosamente cuando entren en conflicto con intereses de otras partes. En ese sentido, deberá ser un criterio a tomarse en cuenta al momento de realizar el razonamiento probatorio y valoración de los medios de prueba en los casos de hostigamiento sexual y violencia sexual en agravio de los menores.

- Medios de prueba, razonamiento probatorio y criterios para la valoración de la prueba

32. De acuerdo con el Informe de la Defensoría del Pueblo sobre los "Mecanismos de protección frente a actos de hostigamiento y violencia sexual en las escuelas"¹⁷, de la revisión de una muestra de las resoluciones emitidas

por el Tribunal del Servicio Civil, de las 17 resoluciones que revisaron a través de las cuales se revocó la sanción a los docentes, 15 de ellas se debió a la falta de medios probatorios señalados por las Entidades que sustentaban la sanción, lo que da cuenta de un escaso diligenciamiento de los medios probatorios en los procedimientos administrativos disciplinarios seguidos a los docentes.

33. Asimismo, en el mencionado Informe¹⁸ se señala que en ocasiones las Entidades se sustraen de realizar su labor de investigación por considerar que los hechos denunciados deben ser primero investigados por el Ministerio Público, pese a que en el procedimiento administrativo disciplinario y el proceso penal no se presenta la triple identidad requerida para la vulneración del principio de non bis in idem, toda vez que no existe identidad de fundamento, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional al expresar que "(...) las sanciones penales y disciplinarias corresponden a finalidades distintas"¹⁹; asimismo, aclara dicho Colegiado que "(...) el orden penal y administrativo-sancionador están destinados a proteger distintos bienes jurídicos, y en tal sentido, las conductas que no tienen la entidad suficiente para ser consideradas delito podrían ser consideradas faltas administrativas"²⁰. Tal independencia de responsabilidades ha sido recogida expresamente en el artículo 43° de la Ley N° 29944, según el cual, las sanciones administrativas que se puedan imponer a los docentes son independientes de las que pudieran surgir en el ámbito civil y penal.

34. Asimismo, de la revisión de los numerosos recursos de apelación resueltos por este Tribunal sobre hostigamiento sexual en agravio de estudiantes, es posible advertir casos en los que las Entidades sólo han recogido la declaración testimonial del menor presuntamente agraviado, e incluso casos en los que no se cuenta con la declaración del menor, sino que sólo se cuenta con el testimonio del padre o la madre del menor, quienes relatan los hechos que les fueron contados por sus hijos, pese a que de los hechos denunciados se observa que sí se pudieron haber recabado otros medios probatorios y/o indicios. Asimismo, se presentan casos en los que los docentes investigados ofrecen medios probatorios, pero no son analizados por las Entidades al momento de resolver los casos; lo que demuestra la exigua labor de investigación de las Entidades para el esclarecimiento de los hechos, así como un insuficiente análisis y valoración de los medios de prueba; lo que conllevaría una afectación al deber de motivación de las resoluciones finales de los procedimientos disciplinarios, originando su declaración de nulidad.

35. En ese sentido, se observa el recurrente incumplimiento de los principios de verdad material e impulso de oficio, así como del derecho a la presunción de inocencia y el deber de motivación de los actos administrativos, pese a que constituyen funciones de las Comisiones Permanentes y Especiales de Procesos Administrativos Disciplinarios para Docentes, las de calificar e investigar las denuncias que le sean remitidas, así como las de evaluar el mérito de los cargos, descargos y pruebas, según el artículo 95° del Reglamento de la Ley N° 29944.

36. De igual forma, el artículo 177° del TUO de la Ley N° 27444, prevé que los hechos invocados en el procedimiento pueden ser objeto de todos los medios probatorios necesarios, en particular los de: (i) recabar antecedentes y documentos, (ii) solicitar informes y dictámenes de cualquier tipo, (iii) conceder audiencia a los administrados, interrogar testigos y peritos, o recabar

¹⁶ **Convención sobre los Derechos del Niño "Artículo 3°.-**

1. 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".

¹⁷ Informe de Adjuntía N° 07-2018-DP/AEE. p.41.

¹⁸ Informe de Adjuntía N° 07-2018-DP/AEE. p.33.

¹⁹ Sentencia recaída en el Expediente N° 2292-2006-PHC/TC. Fundamento N° 4.

²⁰ Sentencia recaída en el Expediente N° 00361-2010-PA/TC, fundamento tercero.

de los mismos declaraciones por escrito, (iv) consultar documentos y actas, y (v) practicar inspecciones oculares.

37. Así, existe un amplio marco normativo que habilita y exige a las autoridades u órganos que tienen a su cargo los procedimientos administrativos disciplinarios el llevar a cabo las investigaciones necesarias para determinar la ocurrencia de los hechos, que les permita decidir sobre el caso.

38. En cuanto al razonamiento probatorio a desarrollarse para la determinación y acreditación del hecho, este Tribunal considera conveniente establecer las siguientes pautas:

i. Como primer paso, las autoridades deberán identificar el hecho que se requiere probar, es decir, aquel acto o suceso que se imputa al docente y que calificaría como uno de hostigamiento sexual, de acuerdo con la definición y manifestaciones mencionadas en los numerales 8 al 11 del presente documento. En ese sentido, los hechos imputados al docente deben estar descritos con la mayor precisión que resulte posible, evitando formular imputaciones genéricas o ambiguas; lo que permitirá determinar si el hecho o hechos imputados se encuentran encuadrados en el concepto jurídico de hostigamiento sexual.

ii. Luego de identificar con precisión el hecho a probar, como segundo paso, se deberá identificar y recabar los medios probatorios que permitirían acreditar la ocurrencia del hecho. Los medios probatorios, de acuerdo con el Anexo N° 04 de los Lineamientos aprobados por Decreto Supremo N° 004-2019-MINEDU, pueden ser: la declaración de la víctima (la cual puede estar contenida en cualquier documento como el informe psicológico, la pericia psicológica, la entrevista única, el acta de declaración, el informe, entre otros), declaración de testigos, grabaciones de audio y video, fotografías, mensajes de texto, correos electrónicos, mensajes de redes sociales, pericias psicológicas, psiquiátricas y forenses, informes y certificados médicos; y, cualquier otro medio que se encuentre relacionado y pueda comprobar los hechos denunciados.

Por ejemplo, si la imputación fuese la de “haber realizado tocamientos indebidos a la alumna en los senos y cintura cuando se encuentran ingresando al salón”, los medios probatorios a acopiar podrían ser: testimonio de la menor, testimonio del docente investigado, testimonio de compañeros de clase u otro docente que pudiese haber estado presente, informe psicológico a la menor, informe psicológico realizado al docente, y documentos, actas o testimonios de testigos referenciales que pudiesen corroborar datos específicos respecto del día, lugar y contexto de la ocurrencia del hecho; entre otros.

iii. Una vez que se cuente con los medios de prueba (incluidos aquellos que pudiesen haber sido ofrecidos por el docente investigado) se procederá a realizar un análisis de valoración de cada uno de estos, para finalmente realizar una valoración en conjunto de todos los medios de prueba, de acuerdo con la libre valoración o sistema de la sana crítica²¹, que permite apreciar libremente la prueba, sin que ello suponga la existencia de arbitrariedad en su decisión, ya que deberá justificar por escrito su decisión (al momento de efectuar la motivación), evidenciando el nexo entre los medios probatorios y las conclusiones a las que arriba.

Asimismo, al momento de realizar la valoración de la prueba se tendrá en cuenta los criterios de: (i) cantidad, referido al número de pruebas recopiladas; (ii) variedad, referida a los distintos tipos de medios probatorios recogidos, como testimonios, peritajes, actas; (iii) pertinencia, referida a la necesaria correspondencia entre el medio probatorio y el hecho que se quiere probar; (iv) fiabilidad o credibilidad del medio probatorio; y, (v) estando a que la falta habría sido cometida en perjuicio de un menor, deberá tenerse en cuenta en la argumentación jurídica el interés superior del niño, conforme a las consideraciones expuestas en los numerales 25 al 31 del presente documento.

39. A continuación, revisaremos algunos criterios en relación con los medios probatorios más comunes en casos de hostigamiento sexual a estudiantes.

- El testimonio de parte

40. En cuanto al testimonio o declaración del menor, debe tenerse en cuenta que si bien es válido recabar la

declaración del menor víctima de hostigamiento sexual, conforme a lo señalado en la Observación General N° 13 del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, el cual refiere en su numeral 51 que es obligación de todas las partes el recabar las opiniones del niño y tenerlas en cuenta; es importante resaltar que dichas declaraciones deben ser recogidas en procedimientos rigurosos, extremando la prudencia para no perjudicar al niño causándole ulteriores daños durante el proceso de investigación.

41. Al respecto, debe advertirse que el numeral 26.1 del artículo 26° del Reglamento de la Ley N° 30466 - Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño²², señala que es derecho de la niña, niño y adolescente ser escuchado y expresar su propia opinión y que sea tomada en consideración en la administración de justicia.

42. En esa línea, el Anexo N° 04 de los Lineamientos aprobados por Decreto Supremo N° 004-2019-MINEDU²³, admite como medios probatorios en los casos de violencia sexual a los estudiantes, la declaración de la víctima, la cual puede estar contenida en cualquier documento como informe psicológico, pericia psicológica, entrevista única, acta de declaración, informe, entre otros. (subrayado nuestro).

43. De modo que, el tomar en cuenta la declaración del menor, brindada a través de cualquiera de estos documentos, evitará la revictimización del menor que pudiese generarse al solicitarle su declaración en reiteradas oportunidades.

44. Sobre el particular, resulta pertinente mencionar que la revictimización del menor, de acuerdo con el literal h) del artículo 3° del Reglamento de la Ley N° 30466, debe ser entendida como, “el someter al niño, niña o adolescente al relato reiterado e innecesario de los hechos de violencia, las esperas prolongadas o las preguntas y comentarios que juzgan, culpabilizan o afectan su intimidad”. Por ende, si bien es posible recabar los testimonios de los menores, debe evitarse los interrogatorios repetitivos y la información debe obtenerse por profesionales y técnicos capacitados, con el fin de evitar daños psicológicos mayores en las víctimas; por lo que, bastará con la declaración del menor que se encuentre contenida en cualquier documento como: el informe psicológico, la pericia psicológica, la entrevista única (Cámara Gesell), u otros, según lo señalado anteriormente en el párrafo ii del fundamento 38 de la presente resolución.

45. De igual forma, en los procesos judiciales sobre casos de violencia en contra de los niños, niñas y adolescentes, el artículo 19° de la Ley N° 30364, modificada por Decreto Legislativo N° 1386, establece que la declaración de los menores debe practicarse en una entrevista única y se tramita como prueba anticipada, a fin de evitar que a lo largo de los procesos judiciales se realicen reiteradas entrevistas a las víctimas. Para estos casos de violencia sexual en contra de los niños, niñas y adolescentes existe un “Protocolo de Entrevista Única

²¹ De acuerdo con OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. En la Valoración de la Prueba, Suplemento de análisis legal Jurídica, del 19 de febrero de 2013, el Sistema de la crítica es “un proceso racional en el que el juez debe utilizar a fondo su capacidad de análisis lógico para llegar a un juicio o conclusión producto de las pruebas actuadas en el proceso. Significa la libertad arreglada del juez a través de cauces de racionalidad que tiene que justificarla utilizando el método analítico: estudiar la prueba individualmente y después relacionada en su conjunto”.

²² Reglamento de la Ley N° 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2018-MIMP “Artículo 26°.- Aplicación del interés superior del niño en el acceso y administración de justicia

26.1 Derecho de la niña, niño o adolescente a ser informado, escuchado, expresar su propia opinión y que sea tomada en consideración en la administración de justicia. (...)”.

²³ Lineamientos para la Gestión de la Convivencia Escolar, la Prevención y la Atención de la Violencia Contra Niñas, Niños y Adolescentes.

para niñas, niños y adolescentes en Cámara Gesell²⁴, cuyas pautas pueden ser tomadas en cuenta en los procedimientos administrativos disciplinarios seguidos a los docentes, de llevarse a cabo una entrevista al menor víctima de hostigamiento sexual, siendo algunas de éstas:

- Considerar la edad, sexo, orientación sexual e identidad de género, estado emocional, discapacidad, proveniencia de un pueblo indígena, o alguna otra causa de vulnerabilidad.

- Procurar que la niña, niño o adolescente espere el menor tiempo posible para iniciar la diligencia.

- Facilitar la espontaneidad del relato narrado por la niña, niño o adolescente.

- Escuchar con atención la narración de los hechos (de ser posible la fecha, hora, descripción de las personas y del lugar, entre otros).

- Recoger datos que permitan identificar a la parte imputada u otra persona implicada (señas particulares, tales como tatuajes, cicatrices, cortes, quemaduras, entre otros), cuando corresponda.

- Estructurar en lenguaje claro y sencillo preguntas abiertas para que puedan ser comprendidas fácilmente por la niña, niño o adolescente.

- Formular preguntas que no sean ambiguas, capciosas o subjetivas y evitar aquellas que induzcan a la niña, niño o adolescente a eludir la respuesta.

46. Por otro lado, es pertinente advertir que las conductas de hostigamiento sexual suelen cometerse de forma clandestina, sin la presencia de testigos y en ocasiones sin dejar rastros o vestigios materiales, lo que naturalmente dificultará contrastar el testimonio de la víctima con otros elementos de carácter objetivo. Sin embargo, ello no implica necesariamente que la sola declaración del menor agraviado no tenga suficiente validez para acreditar el hecho; aun cuando resulta recomendable o preferible el recurrir a otros elementos de prueba adicionales o indicios que permitan corroborar los hechos atribuidos.

47. Así, en cuanto a la valoración de la declaración del testimonio de la víctima, el artículo 12° del Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, modificado por Decreto Supremo N° 004-2019-MIMP, establece que los operadores y operadoras de justicia deben observar: a) La posibilidad de que la sola declaración de la víctima sea hábil para desvirtuar la presunción de inocencia, si es que no se advierten razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Para ello se evalúa la ausencia de incredibilidad subjetiva, la verosimilitud del testimonio y la persistencia en la incriminación; y, b) La importancia de que la retractación de la víctima se evalúe tomando en cuenta el contexto de coerción propiciado por el entorno familiar y social próximo del que proviene la víctima y la persona denunciada.

48. De igual forma, en el Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116, del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Superior de Justicia, de fecha 30 de setiembre de 2005, en relación con la declaración del agraviado, se estableció que aun cuando sea el único testigo de los hechos, dicha prueba puede ser considerada como válida como para enervar la presunción de inocencia del imputado siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones, para cuyo efecto se propone analizar: **(i) la ausencia de incredibilidad subjetiva**, es decir, que no existan relaciones basadas en el odio o resentimientos que pueda incidir en la parcialidad de la deposición, **(ii) la verosimilitud**, relacionada con la coherencia y solidez de la declaración junto con corroboraciones periféricas de carácter objetivo que la doten de aptitud probatoria y **(iii) la persistencia en la incriminación**.

49. De otro lado, en cuanto a los casos en que el menor agraviado se retracta o desdice de su denuncia, este Cuerpo Colegiado considera que ello no significa que se tenga que dar por cierta la última versión, o, por lo contrario, descartarla y tomar por cierta la primera; por lo que, corresponderá a la Entidad determinar cuál de ellas goza de suficiente credibilidad y genera convicción en torno a los hechos investigados, a partir de una valoración conjunta de todas las pruebas recabadas.

50. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha indicado que: "El hecho de que exista

retractación del testimonio inculpatario es un dato significativo, pero no conlleva inexorablemente a la imposibilidad de conferir mérito a las manifestaciones preliminares, (...). Si una víctima de agresión sexual, a pesar del perjuicio irrogado, ofrece un relato circunstanciado y lineal, con referencias fácticas precisas y coetáneas, y sin recurrir a exacerbaciones, dicho testimonio resulta prueba valorable. Tendrá virtualidad para fundar una condena penal, siempre que en el proceso investigativo vayan surgiendo corroboraciones periféricas inequívocas, respecto a, por ejemplo, los signos físicos en su anatomía, o sobre secuelas en su personalidad, entre otros"²⁵.

51. Aunado a lo anterior, resulta necesario mencionar que la coherencia de los testimonios de los menores, debe ser evaluada teniendo en cuenta la edad del menor, lo que puede dar lugar en algunos casos a que, por ejemplo, no puedan señalar con precisión la fecha o día de ocurrencia del hecho y/o las circunstancias exactas en las que se produjo, por lo que será necesario realizar corroboraciones periféricas en torno al relato del menor y/o a la existencia de otros indicios o medios probatorios.

52. Otro testimonio de parte, de especial importancia en los casos de hostigamiento sexual son los testimonios de los docentes investigados, pese a ello hay procedimientos disciplinarios que se desarrollan sin recabar el testimonio directo del docente investigado.

53. En relación con tales testimonios, deberá evaluarse la coherencia interna del relato, así como los datos específicos brindados, que permitan ser corroborados con otros indicios o medios probatorios. De realizarse una entrevista al investigado, las preguntas no deben ser abiertas sino específicas a fin que permitan conocer con mayor precisión la ocurrencia del hecho. Asimismo, deberá tenerse en cuenta la persistencia en el relato del investigado a lo largo del procedimiento administrativo disciplinario y la pertinencia y credibilidad de los medios probatorios que ofrezca a efectos de corroborar su versión.

- El testimonio de testigos directos

54. En diversos casos conocidos por este Colegiado, se ha observado que los menores agraviados mencionan en sus relatos que durante la ocurrencia del hecho de hostigamiento sexual se encuentran presentes otros alumnos, profesores o auxiliares; sin embargo, en muchos de esos casos, las Comisiones Especiales o Permanentes de Procedimientos Administrativos Disciplinarios no recogieron los testimonios de estas personas señaladas como testigos directos, pese a su relevancia para la corroboración de los hechos.

55. En ese sentido, se requiere que las Entidades cumplan con su deber de recopilar la mayor cantidad de medios probatorios, como sería en este caso, los testimonios de testigos directos, que pudiesen ser señalados tanto por el menor como por el docente investigado.

56. Asimismo, al momento de entrevistar a los testigos directos o de recabar su declaración, debe hacerse teniendo como premisa el recabar información que permita corroborar la veracidad del hecho denunciado. Por lo que, deberá preguntársele acerca del momento y lugar en que habrían ocurrido los hechos, sobre la identificación de las personas que estaban presentes, permitiéndole que narre el evento que presenció, para luego recoger los detalles que permitan corroborar la denuncia.

- El testimonio de testigos de referencia

57. Resulta frecuente en casos de hostigamiento sexual a menores, que éstos cuenten los hechos que les han ocurrido a sus compañeros de aula y/o a algún(a) docente a quien le tiene confianza o, en otros casos, a su madre o padre, constituyéndose estas personas en testigos de referencia, pues pese a no estar presentes durante la ocurrencia de los hechos, pueden dar cuenta de los detalles narrados por el menor agraviado.

²⁴ Aprobado por Resolución Ministerial N° 277-2019-CE-PJ, del 3 de julio de 2019.

²⁵ Sala Penal Permanente, Casación N° 1441-2017-APURIMAC, fundamento Undécimo.

58. En relación con los testigos de referencia, la Corte Suprema de Justicia de la República ha indicado que: "(...) los testigos de referencia u oídas tienen un carácter supletorio y un peso más relativizado, respecto del juicio de credibilidad, que el testigo fuente o presencial. (...) El valor probatorio del testimonio de referencia se robustece al abrigo de otros elementos que se incorporen al proceso, auxilio sin el cual su peso es prácticamente nulo; no es admisible como prueba única para desvirtuar la presunción de inocencia. (...)". [R.N. 173-2012, Cajamarca]

59. Igualmente, ha señalado que: "(...) únicamente en aquellos supuestos en que además de las manifestaciones de los testigos de referencia, existieran otros datos objetivos o fuentes de prueba, incorporadas al proceso, que vinieran a corroborar su autenticidad y de las que se pudiera obtener la conclusión de la participación del acusado en el hecho delictivo, podrían las manifestaciones de los testigos indirectos ser tenidas en cuenta por el Tribunal para formar su convicción acerca de los hechos declarados probados en la sentencia (...)". [R.N. 73-2015, Lima].

60. En ese sentido, el valor probatorio de los testimonios de referencia debe ser contrastado con otras acreditaciones indiciarias, evaluando su coherencia interna, así como su coherencia en relación con otras declaraciones, así como la solidez del relato, observando los datos específicos que puedan brindar.

- La prueba pericial (informes psicológicos en casos de hostigamiento sexual)

61. En los casos de hostigamiento sexual cometidos por docentes en agravio de sus alumnos, una prueba relevante (mas no determinante) viene a ser la pericia o informe psicológico, el cual puede efectuarse tanto al menor como al docente investigado; siendo función de las Comisiones de Procesos Administrativos disciplinarios el proponer la evaluación psicológica del procesado, según el numeral 4 del artículo 13° de la Norma Técnica denominada "Normas que Regulan el Proceso Administrativo Disciplinario para Profesores en el Sector Público"²⁶.

62. A modo referencial resulta pertinente mencionar que la "Guía de Evaluación Psicológica Forense en casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; y en otros casos de violencia" (2016) del Ministerio Público, en el "Anexo 4", precisa que el objetivo de la pericia psicológica "no es saber qué es lo que tiene o no tiene el individuo, sino saber que de acuerdo a lo que tiene o no tiene como actúa, o actuó o puede actuar, de una u otra forma con respecto a unos hechos se están juzgando. Es importante efectuar un diagnóstico descriptivo y funcional que categorial pues lo que más importa no son tanto las clasificaciones clínicas sino como estas se manifiestan, y como aparecen relacionadas con unos determinados hechos".

63. En ese sentido, los informes psicológicos pueden mostrar el daño o consecuencias psicológicas y emocionales que uno o varios episodios de hostigamiento sexual hubiesen ocasionado en un menor de edad, más allá de llegar a concluir respecto de la ocurrencia del hecho en sí mismo, función que no le correspondería determinar a un psicólogo. Asimismo, respecto a la evaluación psicológica del docente investigado, el informe permitirá analizar las probables conductas que pudiera tener en relación con su estado mental y emocional.

64. De modo que, el informe psicológico servirá como apoyo periférico de corroboración de los hechos junto con otros medios probatorios, el cual de conformidad con el numeral 187.2 del artículo 187° del TUO de la Ley N° 27444 puede ser emitido por el personal técnico de la misma Entidad.

65. Finalmente, cabe mencionar que las autoridades u órganos que lleven a cabo los procedimientos administrativos disciplinarios por casos de hostigamiento sexual deben tener en cuenta la reserva del proceso de investigación y de sanción, de acuerdo con la Novena Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 27942, en tanto que la publicidad solo procederá para la resolución o decisión final del procedimiento, en concordancia con

la excepción prevista en el numeral 3 del artículo 17° del TUO de la Ley N° 27806 – Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

III. DECISIÓN

1. La Sala Plena del Tribunal del Servicio Civil, por unanimidad, considera que las directrices contenidas en los numerales 12, 20, 24, 31, 38, 46, 47, 49, 51, 53, 55, 56, 60 y 64 del presente Acuerdo Plenario ameritan ser declaradas como precedente de observancia obligatoria para determinar la correcta aplicación de la falta de hostigamiento sexual tipificada en el literal f) del Artículo 49° de la Ley N° 29944 – Ley de la reforma Magisterial.

2. En atención a lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal del Servicio Civil, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4° del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil respecto a la emisión de precedentes administrativos de observancia obligatoria;

ACORDÓ:

2.1 ESTABLECER como precedentes administrativos de observancia obligatoria los criterios expuestos en los fundamentos 12, 20, 24, 31, 38, 46, 47, 49, 51, 53, 55, 56, 60 y 64 de la presente resolución.

2.2 PRECISAR que los precedentes administrativos de observancia obligatoria antes mencionados deben ser cumplidos por los órganos competentes del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

2.3 PUBLICAR el presente acuerdo de Sala Plena en el Diario Oficial "El Peruano" y en el Portal Institucional (www.servir.gob.pe), de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Reglamento del Tribunal del Servicio Civil.

CARLOS GUILLERMO MORALES MORANTE
Presidente del Tribunal del Servicio Civil

LUIGINO PILOTTO CARREÑO
Vocal Titular

RICARDO JAVIER HERRERA VASQUEZ
Vocal Titular

GUILLERMO JULIO MIRANDA HURTADO
Vocal Titular

ROLANDO SALVATIERRA COMBINA
Vocal Titular

SANDRO ALBERTO NÚÑEZ PAZ
Vocal Alterno

OSCAR ENRIQUE GÓMEZ CASTRO
Vocal Alterno

²⁶ Aprobada por Resolución Viceministerial N° 091-2015-MINEDU.

1867737-1