MEDIDA CAUTELAR N° 1587-2-2017-CUSCO

Lima, catorce de octubre de dos mil veinte.-

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por la señora Bony Eve Gamarra Flores contra la resolución número treinta y ocho, de fecha once de junio de dos mil diecinueve, expedida por la Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, en el extremo que dispuso al mismo tiempo como efecto de la destitución propuesta a las resultas de la decisión final, imponer la medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de todo cargo en el Poder Judicial a la recurrente; por faltas cometidas durante su actuación como Jueza del Primer Juzgado Mixto de Santiago, Corte Superior de Justicia de Cusco; resolución que obra de fojas mil veintitrés a mil cuarenta y tres. Oído el informe oral mediante la plataforma Google Meet.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que en mérito de la denuncia presentada el veintidós de agosto de dos mil diecisiete, ante la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia de Cusco, mediante resolución número seis del veintiséis de setiembre de dos mil diecisiete, expedida por la Jefa de la Unidad de Defensoría del Usuario Judicial del mencionado órgano desconcentrado de control, se abrió procedimiento administrativo disciplinario contra la señora Bony Eve Gamarra Flores, en su actuación como Jueza del Primer Juzgado Mixto de Santiago, Corte Superior de Justicia de Cusco, por haber concedido de manera irregular una medida cautelar en el proceso de amparo, Expediente número cuatrocientos setenta y cuatro guión dos mil diecisiete; lo que fue ampliado mediante resoluciones números nueve y dieciocho, de fechas diecisiete de octubre y cinco de diciembre de dos mil diecisiete, respectivamente; atribuyéndole los siguientes cargos:

"1) Haber incumplido el deber previsto en el artículo 34°, numeral 1), de la Ley de la Carrera Judicial, (...); con lo que habría incurrido en la falta muy grave prevista en el numeral 4) del artículo 48° de la misma ley, (...), específicamente porque en el cuaderno de medida cautelar N° 474-2017-2017-32 sobre acción de amparo, habría emitido la Resolución N° 2 de fecha 11 de agosto de 2017, ordenando que la Municipalidad Provincial de Urubamba autorice la utilización de la infraestructura pública municipal, desconociendo el contrato de concesión de CONSETTUR MACHUPICCHU S.A.C. y más aun teniendo en cuenta la existencia de la medida cautelar de no innovar del 18 de abril de 2017, dictada por el Juzgado Mixto de Urubamba, por lo que habría interferido en el ejercicio de las funciones de los órganos del Estado, al desconocer un concesión y otorgar beneficios de concesión a una empresa sin que haya participado en una licitación pública.

2) Haber incurrido en una motivación aparente, con lo cual habría incumplido el deber previsto en el artículo 34°, numeral 1), de la Ley de la Carrera Judicial, concordante con el numeral 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, que establece como principio y derecho de la función jurisdiccional, la motivación escrita de las resoluciones judiciales, con lo cual habría incurrido en la falta muy grave prevista en el numeral 13) del artículo 48° de la misma ley, (...), específicamente porque en el cuaderno de medida cautelar N° 474-2017-32, habría emitido la Resolución N° 2 de fecha 11 de agosto de 2017, la cual contendría motivación aparente, ya que no se aprecia la existencia de argumentos que analicen o justifiquen los presupuestos de la medida cautelar, es decir, no contiene análisis sobre la verosimilitud del derecho o del peligro en la demora y la razonabilidad de la medida, por ello dicha resolución no daría cuenta de razones mínimas que sustentan la decisión.

3) Haber vulnerado la garantía constitucional del debido proceso, en su expresión de derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley, previsto en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, infringiendo (...) el deber de impartir justicia con respeto al debido proceso, que recoge el inciso 1) del artículo 34° de la Ley de la Carrera Judicial, con lo cual habría incurrido en falta muy grave prevista en el numeral 13) del artículo 48° de la misma ley, (...), específicamente porque habría admitido a trámite la demanda de acción de amparo del Expediente N° 474-2017 y dictado medida cautelar, pese a contener pretensiones ajenas a su competencia, por estar referidos a un órgano de administración pública (Gobierno Regional y/o Gobierno Local y/o Ministerio de Transportes).

4) Haber vulnerado la garantía constitucional del debido proceso, en su expresión de derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por ley, previsto en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Estado, infringiendo (...) el deber de impartir justicia con respeto al debido proceso, que recoge el inciso 1) del artículo 34° de la Ley de la Carrera Judicial, con lo cual habría incurrido en falta muy grave prevista en el numeral 13) del artículo 48° de la misma ley, específicamente porque habría admitido a trámite de manera indebida la demanda de amparo del Expediente N° 474-2017 y la medida cautelar N° 474-2017-32, a sabiendas de la preexistencia del proceso N° 158-2015-70 sobre nulidad de resolución administrativa, que se viene tramitando ante el Juzgado Mixto de Utcubamba.

5) Haber incumplido el deber previsto en el artículo 34°, numeral 1), de la Ley de la Carrera Judicial, (...), con lo cual habría incurrido en la falta muy grave prevista en los numerales 12) y 13) del artículo 48° de la misma ley, específicamente porque habría tenido la intención de favorecer a los accionantes en los procesos judiciales N° 474-2017 y N° 474-2017-32.

6) Haber incumplido el deber previsto en el numeral 1) del artículo 34° de la Ley de la Carrera Judicial, conducta con la cual habría incurrido en la falta muy grave prevista en el numeral 12) y 13) del artículo 48° de la Ley de la Carrera Judicial, (...), específicamente porque no habría resuelto hasta la fecha la oposición planteada por el

afectado contra el mandato cautelar emitido en el Expediente N° 474-2017-32, incumpliendo los artículos 124° y 637° del Código Procesal Civil, vulnerando la garantía constitucional del debido proceso, en su dimensión de plazo razonable y administración de justicia sin dilaciones.

7) Haber incumplido el deber previsto en el artículo 34°, numeral 1), de la Ley de la Carrera Judicial, con lo cual habría incurrido en la falta muy grave prevista en el numeral 2) del artículo 47°: (...), específicamente porque en el proceso cautelar N° 474-2017-32 admitió apelación contra la Resolución N° 12 del 29 de setiembre de 2017, mediante Resolución N° 13 del 3 de octubre de 2017 concediéndola sin efecto suspensivo y calidad diferida para ser resuelta conjuntamente con la sentencia en caso de ser apelada, pese a que los procesos cautelares no se dicta sentencia.

8) Haber incumplido el deber previsto en el numeral 1) del artículo 34° de la Ley de la Carrera Judicial, (...) concretamente impartir justicia con respeto al debido proceso en su dimensión de respeto al derecho de defensa, conducta con la cual habría incurrido en falta muy grave prevista en el numeral 12) del artículo 48° de la Ley de la Carrera Judicial: (...), específicamente, porque no recibió informe oral solicitado en tiempo previo a la emisión de sentencia por parte de la entidad CONSETTUR MACHUPICCHU S.A.C.".

SEGUNDO. Que la Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial mediante resolución número treinta y ocho, del once de junio de dos mil diecinueve, entre otros, resolvió lo siguiente:

*"**PRIMERO**.- **PROPONER** se imponga la medida disciplinaria de **DESTITUCIÓN** a la magistrada **BONY EVE GAMARRA FLORES,** en su actuación como Jueza del Primer Juzgado Mixto de Santiago de la Corte Superior de Justicia de Cusco, por los cargos atribuidos en su contra, debiendo elevar los actuados a la Presidencia del Poder Judicial para su remisión a la Junta Nacional de Justicia quien asume las funciones del derogado Consejo Nacional de la Magistratura.*

***SEGUNDO**.- Estando a la decisión adoptada en el párrafo precedente, que propone la destitución de la investigada, a fin de no afectar los linderos de razonabilidad y congruencia que la medida adoptada amerite, **SE DISPONE** al mismo tiempo como efecto de la destitución propuesta a las resultas de la decisión final, imponer la medida cautelar de **SUSPENSIÓN PREVENTIVA** en el ejercicio de todo cargo en el Poder Judicial de la investigada **BONY EVE GAMARRA FLORES,** conforme a lo previsto en el artículo 60°, primer párrafo, de la Ley de la Carrera Judicial - Ley N° 29277, en concordancia con el artículo 43° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 243-2015-CE-PJ, así como del artículo 256°, numeral 256.1), del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444".*

La Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial concluye que el investigado ha incurrido en faltas muy graves que ameritan la imposición de la medida disciplinaria de destitución, y estando a lo establecido en el artículo sesenta, primer párrafo, de la Ley de la Carrera Judicial, en concordancia con el artículo cuarenta y tres del Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, corresponde dictar la medida cautelar de suspensión preventiva en su contra, en tanto se decida su situación materia de investigación disciplinaria, argumentando que *"..., se justifica dictar medida urgente que permita alejar, o impedir el reingreso del referido investigado a cualquier cargo en el Poder Judicial, hasta que se resuelva en definitiva su situación jurídica ante las instancias competentes, toda vez que:* ***a)*** *Luego de la evaluación de los actuados se ha llegado a establecer que se encuentra incurso en responsabilidad disciplinaria por la comisión de faltas muy graves, razón por la cual se ha concluido que corresponde imponerle la sanción de destitución, con lo que se encuentra acreditado el primer presupuesto de procedencia para dictar la suspensión preventiva; y,* ***b)*** *Se justifica igualmente la medida, dado el peligro en la demora del trámite del expediente principal, teniendo en cuenta que su finalidad es asegurar la eficacia de la resolución final".*

TERCERO. Que, de fojas mil setenta y uno a mil setenta y seis, obra el recurso de apelación interpuesto por la señora Bony Eve Gamarra Flores contra la resolución número treinta y ocho, respecto de los dos extremos antes descritos, deduciendo la nulidad de la citada resolución señalando la vulneración del debido proceso administrativo sancionador, y el derecho de defensa de la recurrente. Asimismo, solicita que en el supuesto que la nulidad sea desestimada, se tenga por interpuesta el recurso de apelación.

No obstante ello, por resolución número cuarenta del veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve, de fojas mil ochenta a mil ochenta y uno, la Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial declaró improcedente el recurso de apelación, en el extremo que propone se imponga a la investigada la medida disciplinaria de destitución; y, sólo concedió el citado recurso impugnatorio, en el extremo que dispuso la medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de todo cargo en el Poder Judicial a la recurrente.

Los fundamentos que expone la recurrente en su recurso de apelación básicamente se relacionan con la supuesta vulneración del debido proceso y el derecho de defensa.

CUARTO. Que respecto a la pretensión de revocar la medida cautelar de suspensión preventiva, se debe tener presente que mediante la resolución número cuarenta del veintisiete de noviembre de dos mil diecinueve, la Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial concedió el recurso de apelación interpuesto por la recurrente, señalando en su parte resolutiva: *"3. Estando a la propuesta de destitución*

efectuada contra la referida magistrada, ***REMITANSE*** *los presentes autos a la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, para su posterior elevación a la Junta Nacional de Justicia, con la debida nota de atención"*; con lo cual la Jefatura del Órgano de Control de la Magistratura dio por culminado el presente procedimiento disciplinario a nivel contralor.

En tal sentido, el inciso ocho del artículo setenta y seis del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como una de las atribuciones del Presidente del Poder Judicial *"Solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura* (hoy fenecido) *en nombre y representación de la Corte Suprema (...), la aplicación de las medidas de separación o destitución propuestas por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. La remisión del expediente deberá comprender el incidente de suspensión provisional"*. En la parte *in fine* del citado artículo, se dispone que la remisión del expediente del procedimiento disciplinario debe comprender la medida cautelar; y, en ese sentido, el artículo sesenta de la Ley de la Carrera Judicial establece que *"... culminado el procedimiento disciplinario a nivel del órgano de control del Poder Judicial, la medida se prorroga automáticamente en tanto el Consejo Nacional de la Magistratura* (hoy fenecido) *resuelva definitivamente el procedimiento"*.

En el mismo sentido, la parte *in fine* del artículo ciento dieciséis del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial Magistratura del Poder Judicial, aprobado por Resolución Administrativa número ciento veintinueve guión dos mil nueve guión CE guión PJ, señala *"... En cualquier caso la medida se prorroga automáticamente al ser elevado los autos al Consejo Nacional de la Magistratura* (actualmente fenecido)*"*. Entonces, la disposición de elevar la propuesta de destitución a la Junta Nacional de Justicia, de conformidad con los citados artículos, debe comprender la medida cautelar de suspensión preventiva impuesta a la investigada, la misma que se ha prorrogado automáticamente hasta que la Junta Nacional de Justicia resuelva definitivamente el presente procedimiento; por lo que, respecto al extremo que se impugna la medida cautelar, debe ser declarado improcedente el recurso de apelación, al haber operado la prórroga automática de la medida cautelar de suspensión preventiva contra la investigada.

QUINTO. Que, aunado a ello, se tiene que conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo primero de la parte resolutiva de la Resolución Administrativa número cero sesenta y uno guión dos mil veinte guión CE guión PJ, del cinco de febrero de dos mil veinte, que incorporó la regla 7 al artículo cuarenta y cuatro del Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, aprobado por Resolución Administrativa número doscientos cuarenta y tres guión dos mil quince guión CE guión PJ, y modificado por Resolución Administrativa número ciento cincuenta y seis guión dos mil diecisiete guión CE guión PJ; regla que textualmente señala: *"7. La resolución que prorroga o impone medida*

cautelar de suspensión preventiva, con motivo de la propuesta de destitución del magistrado investigado, es inimpugnable".

Por lo que, advirtiéndose que lo alegado guarda relación con aspectos que serán dilucidados mediante el análisis del fondo de la controversia a realizarse ante la Junta Nacional de Justicia, corresponde declarar la improcedencia del recurso de apelación interpuesto por la jueza recurrente.

Por estos fundamentos; en mérito al Acuerdo N° 1235-2020 de la sexagésimo cuarta sesión del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial de la fecha, realizada en forma virtual con la participación de los señores Lecaros Cornejo, Arévalo Vela, Lama More, Álvarez Trujillo, Pareja Centeno y Castillo Venegas; en uso de las atribuciones conferidas por el artículo ochenta y dos del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por mayoría, con los votos de los señores Consejeros Lecaros Cornejo, Arévalo Vela, Lama More, Álvarez Trujillo y Castillo Venegas,

SE RESUELVE:

Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto por la señora Bony Eve Gamarra Flores contra la resolución número treinta y ocho, de fecha once de junio de dos mil diecinueve, expedida por la Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, en el extremo que dispuso al mismo tiempo como efecto de la destitución propuesta a las resultas de la decisión final, imponer la medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de todo cargo en el Poder Judicial a la recurrente; por faltas cometidas durante su actuación como Jueza del Primer Juzgado Mixto de Santiago, Corte Superior de Justicia de Cusco; agotándose la vía administrativa; y, los devolvieron.

Regístrese, comuníquese y cúmplase.-

CONSEJO EJECUTIVO DEL PODER JUDICIAL — REPÚBLICA DEL PERÚ

JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO
Presidente

LUIS ALBERTO MERA CASAS
Secretario General

LAMC/ljnr.

El voto en discordia de la señora Pareja Centeno, es como sigue:

VOTO EN DISCORDIA DE LA SEÑORA CONSEJERA MERCEDES PAREJA CENTENO

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por la magistrada investigada Bony Eve Gamarra Flores, contra la resolución N° 38, del 11 de junio de 2019, en el extremo, que resolvió imponer la medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de todo cargo en el Poder Judicial.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Según los términos del escrito de apelación de la recurrente, en estricta aplicación de la concepción de la voluntad impugnativa, se cuestiona la imposición de medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de la función judicial.

SEGUNDO. En cuanto al derecho de impugnar, es una de las manifestaciones propias de la tutela jurisdiccional efectiva[1], es correlato del derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el artículo 139° inciso 6 de la Constitución Política, y al derecho de defensa; forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139° inciso 3 de la Norma Fundamental.

2.1. En efecto, uno de los derechos constitucionales procesales más relevantes, es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14) del artículo 139° de la Constitución Política, "*por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus derechos y obligaciones, cualquiera sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral, etc.), no queden en estado de indefensión*"[2]. No solo se trata de un derecho subjetivo sino también de un principio constitucional que informa la actividad jurisdiccional del Estado, a la vez que constituye uno de los elementos básicos del modelo constitucional de proceso previsto por nuestra Norma Fundamental. Resulta ser uno de contenido complejo, y por ende tiene una serie de manifestaciones, entre estas manifestaciones, se encuentra: el derecho a interponer los recursos impugnatorios.

---

[1] "El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego de lo cual se expedirá una resolución fundada en Derecho con posibilidad de ejecución». (PRIORI POSADA, Giovanni. La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: Hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. En: Ius et Veritas N° 2 26. Lima, 2003).

[2] Véase STC recaía en el caso Tineo Cabrera, Exp. N.° 1230-2002-AA/TC.

2.2. El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, "*que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativo, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando (...), se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa*"[3].

TERCERO. El derecho a la pluralidad de instancias, goza de reconocimiento a nivel supranacional, entre otras, en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual en su artículo 8° inciso 2 parágrafo h) ha previsto que toda persona tiene el "*Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (...)*", se trata pues, "*de un derecho fundamental que tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal*"[4].

3.1. Si bien, conforme ha sido precisado por el Tribunal Constitucional: "*el referido derecho "no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso*"[5]; sin embargo, en tanto derecho fundamental, de reconocimiento nacional (constitucional: artículo 139° inciso 6) y supranacional (artículo 14° inciso 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 8° inciso 2, literal h) de la Convención Americana de Derechos Humanos), no puede ser restringido. La decisión de recurrir todas o cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso, si resulta facultativa de ejercer por cada parte procesal.

3.2. En dicho sentido, conforme también ha sido precisado por el Tribunal Constitucional "*lo que se debe analizar en la garantía del debido proceso es que ella contenga elementos que sean razonablemente imprescindibles para que un proceso o procedimiento pueda ser considerado justo; en ese orden de ideas, es posible crear procedimientos con instancia única (en sede administrativa), siempre y cuando tal*

---

[3] STC recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC-Lima, fundamento jurídico vigésimo cuarto.
[4] Véase STC recaída en el Exp. N° 3261-2005-PA, fundamento 3; STC recaída en el Exp. N° 5108-2008-PA, fundamento 5; STC recaída en el Exp. N° 5415-2008-PA, fundamento 6; y STC recaída en el Exp. N° 0607-2009-PA, fundamento 51.
[5] Véase STC recaída en el Exp. N° 1243-2008-PHC, fundamento 3; 5019-2009-PHC, fundamento 3; 2596-2010-PA; fundamento 5, STC N.° 4235-2010-PHC, fundamento 13.

limitación o restricción resulte razonable y no esencial para que el debido proceso pueda cumplir sus funciones y considerarse justo"[6].

3.3. El Texto único ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, estipula en el artículo 120°, la facultad de contradicción administrativa, en los siguientes términos: "*120.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos. 120.2* Para que el interés pueda justificar la titularidad del administrado, debe ser legítimo, personal, actual y probado. El interés puede ser material o moral. *120.3 La recepción o atención de una contradicción no puede ser condicionada al previo cumplimiento del acto respectivo".*

3.4. Ahonda además la precitada ley, sobre la facultad de contradicción, precisando: "*217.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 120°,* ***frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos*** *(...). Artículo 218°.- Recursos administrativos: "207.1 Los recursos administrativos son: a) Recurso de reconsideración, b) Recurso de apelación, (...)".* (Énfasis agregado).

3.5. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente, entre otros, en el principio de legalidad, precisando en el inciso 1.1 del artículo IV del TUO de la Ley 27444 que: "*Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas*". 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. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".*

3.6. El debido procedimiento en sede administrativa supone "*una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de*

[6] STC recaída en el Exp. N.° 3088-2003-AA/TC-Lima. Fundamento jurídico tercero.

sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica"[7].

CUARTO. En relación a la medida cautelar de suspensión preventiva, se debe tener en consideración lo siguiente:

4.1. Tiene como finalidad asegurar la eficacia de la resolución final, así como garantizar la correcta prestación del servicio de justicia, se emite en virtud de un juicio indiciario, y no en base a hechos ni responsabilidades determinadas como sucede en las sanciones administrativas.

4.2. Tiene como características: la instrumentalidad, temporalidad y variabilidad. Se ejercitan durante el tiempo que dura el procedimiento administrativo disciplinario, es así que "*importan un prejuzgamiento, pero no obliga a resolver al juez en la decisión final en atención a la medida dictada con antelación. El juez no está en condiciones de afirmar que la pretensión demandada será amparada. Si bien se obtuvo la medida cautelar, ella puede ser alterada por lo actuado en la etapa probatoria del proceso, haciendo luego que la decisión final sea diferente a la que se hubiera tomado antes de ella*"[8].

4.3. El TUO de la Ley 27444, establece en el artículo 236.- Medidas cautelares: "*236.1 En cualquier etapa del procedimiento trilateral, de oficio o a pedido de parte, podrán dictarse medidas cautelares conforme al Artículo 146.* Respecto a la faculta recursiva contra estas, el artículo 236.3 estipula: "***Cabe la apelación contra la resolución que dicta una medida cautelar*** *solicitada por alguna de las partes dentro del plazo de tres (3) días contados a partir de la notificación de la resolución que dicta la medida. Salvo disposición legal o decisión de la autoridad en contrario, la apelación no suspende la ejecución de la medida cautelar.* ***La apelación deberá elevarse al superior jerárquico*** *en un plazo máximo de (1) día, contado desde la fecha de la concesión del recurso respectivo y será resuelta en un plazo de cinco (5) días*". (Énfasis agregado).

4.4. Es innegable la afectación a determinados derechos fundamentales que acarrea la imposición de una medida cautelar en un procedimiento administrativo disciplinario

---

[7] STC recaída en el Exp. N° 3741-2004-AA/TC-Lima, fundamento jurídico vigésimo primero.
[8] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Cuarta edición. Agosto 2012. Tomo II. Pág. 434.

seguido contra un magistrado, "*la afectación de derechos fundamentales, normalmente, aunque siempre habrá que estar a las circunstancias del caso concreto (...), resulta afectando (...) al menos las dos siguientes normas constitucionales que reconocen otros tantos derechos fundamentales: a) La norma constitucional que reconoce el derecho al trabajo (artículo 22 CP), b) La norma constitucional que reconoce el derecho a permanecer en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función (artículo 146.3 CP)*"[9].

4.5. Las bases o condiciones para determinar las sanciones disciplinarias, no deben ser confundidas con la medida cautelar – suspensión preventiva -, que tiene una naturaleza cautelar y de carácter excepcional, presentando puntuales exigencias concurrentes previstos en el artículo 43° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, para su aplicación, que: **1)** Existan fundados y suficientes elementos de convicción sobre la responsabilidad disciplinaria por la comisión de un hecho que haga previsible la imposición de la medida disciplinaria de destitución, sea por la gravedad de los hechos, su carácter público y notorio o por la flagrancia en la comisión de la infracción y, **2)** Resulte indispensable para garantizar el normal desarrollo de la causa o la eficacia de la resolución que pudiera recaer, o para impedir la obstaculización de la misma, o evitar la continuación o repetición de los hechos objeto de averiguación u otros de similar significación o el mantenimiento de los daños que aquellos hayan ocasionado a la administración de justicia, o para mitigarlos.

4.6. La constitucionalidad de esta medida, "*se determina también de su ajustamiento a las exigencias del principio constitucional de proporcionalidad o razonabilidad*"[10], y dentro del principio de proporcionalidad se deberá analizar los tres juicios: el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

4.7. La Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial, establece en su artículo 60°, que la suspensión preventiva del cargo es apelable: "*El Juez sometido a investigación o procedimiento disciplinario mediante resolución especialmente motivada podrá ser suspendido del cargo (...). La impugnación de la citada resolución no suspende sus efectos y se interpondrá dentro del plazo de cinco (5) días*".

QUINTO.- Bajo los parámetros constitucionales y legales señalados, este despacho discrepa de la posición asumida en mayoría, la misma que declara improcedente el

---

[9] Castillo Córdova, Luis. *Análisis de la constitucionalidad de la medida cautelar de suspensión del Juez en un proceso disciplinario.* Actualidad Jurídica N° 169. 2007. P. 171.
[10] *Ibídem.* P. 175.

recurso de apelación interpuesto contra la Resolución recurrida en el extremo que dispone en su contra medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de todo cargo en el Poder Judicial, en aplicación de la Resolución Administrativa N° 61-2020-CE-PJ, del 5 de febrero de 2020, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 07 de marzo de 2020, que incorpora Regla 7 al artículo 44° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, que estipula: *"7. La resolución que prorroga o impone medida cautelar de suspensión preventiva, con motivo de la propuesta de destitución del magistrado investigado, es inimpugnable"*.

5.1. El hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, sostener lo contrario, sería tener una posición contraria al Estado democrático de derecho, donde el parámetro de control, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.

5.2. El artículo 76° inciso 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial[11], artículo 60° de la Ley de la Carrera Judicial[12], parte *in fine* del artículo 116° del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial[13], no impone límites a la garantía genérica de tutela jurisdiccional y el derecho fundamental a la pluralidad de instancias.

5.3. Precisamente en coherencia con estas disposiciones, el artículo 44° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, aprobado por Resolución Administrativa N° 243-2015-CE-PJ, del 22 de julio de 2015; y modificada por Resolución Administrativa N° 156-2017-CE-PJ, del 26 de abril de 2017, en su inciso quinto establece que: "*La resolución por la que se impone una suspensión preventiva es apelable sin efecto suspensivo, dentro del quinto día de notificada*".

---

[11] El numeral 8 del artículo 76° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, regula que es atribución del Presidente del Poder Judicial, entre otras, "*(...) solicitar al Consejo Nacional de la Magistratura en nombre y representación de la Corte Suprema (...) la aplicación de las medidas de separación o destitución propuestas por la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. La remisión del Expediente deberá comprender el incidente de suspensión provisional*".

[12] El artículo 60° de la Ley de la Carrera Judicial, dispone que: "(...) culminado el procedimiento disciplinario a nivel del Órgano de Control del Poder Judicial, la medida se prorroga automáticamente en tanto el Consejo Nacional de la Magistratura resuelva definitivamente el procedimiento".

[13] La parte *infine* del artículo 116° del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, dispone que: "(...) la medida cautelar se prorroga automáticamente al ser elevados los autos al Consejo Nacional de la Magistratura".

5.4. Y si bien, el artículo 76° inciso 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que: *"(...) la remisión del Expediente deberá comprender el incidente de suspensión provisional"*, ello no significa que el pedido de destitución, justifique automáticamente la medida cautelar, la misma que se encuentra supeditada al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 43° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial. Esta decisión, está plenamente diferenciada de un pronunciamiento sobre el fondo de la presunta responsabilidad atribuida. El sostener lo contrario implica afectar la presunción de inocencia, imponiéndole una sanción por adelantado.

5.5. Además, implica una manifiesta vulneración sustancial del derecho de acceso al recurso[14]. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C, N.° 340, fundamento 170, precisó que un recurso efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas, por lo que esta efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes.

5.6. Se debe también tener en consideración, que en el presente caso, por Resolución N° 38[15], del 11 de junio de 2019, Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, dispone *"la medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de todo cargo en el Poder Judicial de la magistrada investigada Bony Eve Gamarra Flores"*, la misma que notificado a la investigada, presentó en fecha 16 de setiembre de 2019, recurso de apelación en el extremo de la medida cautelar impuesta – conforme se aprecia de folios 1071 a 1076 -, el mismo que fue concedido por Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, mediante Resolución N° 40[16], del 27 de noviembre de 2019, al verificar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y procedencia previstos en el artículo 35° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Disciplinario de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, disponiéndose la formación del cuaderno cautelar con las copias certificadas respectivas y la elevación al Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

---

[14] Así cumplir debidamente con el artículo 25.1 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, que establece que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido.
[15] P. 1023-1043.
[16] P. 1080-1081.

5.7. Es decir, para la fecha de emitida la resolución que contenía la medida cautelar contra el investigado (11 de junio de 2019), fecha de presentado el medio impugnatorio, en el extremo de la medida cautelar impuesta (16 de setiembre de 2019), fecha de concedida la apelación (27 de noviembre de 2019) mediante auto concesorio emitida por Jefatura Suprema de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, aún no se encontraba vigente la Resolución Administrativa N° 61-2020-CE-PJ, del 5 de febrero de 2020, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 07 de marzo de 2020, situación que amerita que se deba continuar con el trámite del medio impugnatorio impuesto, a efectos de garantizar la doble instancia, en irrestricto respeto del principio de legalidad procesal y debido procedimiento.

5.8. Este despacho, en coherencia con el criterio ya asumido, reafirma que la Resolución Administrativa N° 61-2020-CE-PJ, así como las normas en que se ampara, deben guardar coherencia y conformidad con las normas que regulan el sistema jurídico, pero principalmente con la Constitución Política, esto en tanto y en cuanto, el derecho es un sistema jerárquico de normas y la primera norma escrita que tiene supremacía normativa y que da base a todo el resto del sistema jurídico es la Constitución. Luego vienen en segundo nivel las normas con rango de ley y luego diversas disposiciones de carácter general dictadas por la Administración Pública.

5.9. Se debe tener presente que, si bien cada rama del derecho goza de cierta autonomía para auto configurarse, estas se encuentran limitadas por el marco constitucional; es decir, el derecho administrativo desarrolla sus actividades revestido de un marco de constitucionalidad, siendo así, resulta necesario garantizar el derecho de impugnación como una de las manifestaciones propias de la tutela jurisdiccional efectiva, del derecho de defensa y del derecho a la pluralidad de instancias.

5.10. Así las cosas, la Resolución Administrativa precitada y su amparo legal, no guarda coherencia con la Constitución Política, que tiene supremacía normativa y que da base a todo el resto del sistema jurídico. En efecto, el artículo 51° de la Constitución Política reza: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)". De esta manera, la validez de una norma inferior en rango depende de que tanto su forma como su contenido guarden una relación adecuada de subordinación con las normas de categoría superior.

5.11. Este criterio de interpretación, respeta además la garantía genérica de tutela jurisdiccional reconocida en el artículo 139° numeral 3 de la Constitución. En su mérito se debe asegurar el acceso al recurso legalmente previsto y, en su consecuencia,

rige el principio *pro actione*[17], por el cual debe interpretarse los preceptos procesales referidos a los recursos del modo más favorable a su ejercicio efectivo.

Siendo así, consideramos que, en el presente caso, y al haber sido concedido el recurso de apelación de la recurrente -en el extremo de cuestionamiento-, se debe emitir pronunciamiento[18], a fin de garantizar los derechos y garantías de carácter constitucional, antes señaladas.

Por estos fundamentos, **MI VOTO** es que el Consejo Ejecutivo debe emitir pronunciamiento de fondo sobre el extremo cuestionado por la recurrente, el mismo que además fue concedido por el Órgano de Control, al haberse cumplido con los requisitos de admisibilidad y procedencia del medio impugnatorio.

MERCEDES PAREJA CENTENO
Consejera

LUIS ALBERTO MERA CASAS
Secretario General

MPC/r.l.r.

---

[17] Este principio, ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional, imponiendo a los Juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho de obtener una resolución válida sobre el fondo, con lo cual, ante la duda, la decisión debe ser por la continuación del proceso y no por su extinción (STC recaída en el Exp. N° 1049-2003-AA/TC, STC Exp. N° 2302-2003-AA/TC).

[18] De conformidad con lo normado en el artículo 7° inciso 37 del Reglamento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, que establece como función: resolver en segunda instancia la impugnación planteada por el recurrente al cuestionar el dictado de la medida cautelar por encontrarla lesiva.