



Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

MEDIDA CAUTELAR N° 010-2010-JUNÍN

Lima, veinticinco de mayo de dos mil once.-

VISTO: El recurso de apelación interpuesto por la servidora Esperanza Juana Vivar Caro contra la resolución número cuatro, expedida por la Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial con fecha diez de marzo de dos mil diez, de fojas cuarenta y uno a cincuenta y tres, por la cual se le impone medida cautelar de suspensión preventiva por su actuación como Especialista Legal del Segundo Juzgado Penal del Módulo Básico de Justicia de Tarma, Corte Superior de Justicia de Junín, y en todo cargo en el Poder Judicial hasta que su situación disciplinaria se resuelva definitivamente; y **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia de Junín abrió procedimiento disciplinario contra la mencionada servidora, en mérito al acta de constatación de personal levantada el catorce de enero de dos mil diez por el Juez del Segundo Juzgado Especializado en lo Penal del Módulo Básico de Justicia de Tarma, en la que se consignó haber constatado que la servidora jurisdiccional Esperanza Juana Vivar Caro fue encontrada en el despacho del Segundo Juzgado de Paz Letrado, específicamente en la puerta que da hacia el pasadizo exterior, conversando con la señora Doris Rita Patricio Chávez; siendo encontrada por el Juez del Juzgado Penal. Al llamársele la atención por estar en área ajena a su lugar de trabajo, refirió que estaba conversando con su empleada; sin embargo, cuando el juez se acercó se habría percatado que la indicada señora guardaba en su cartera un papel, con un texto que decía: "Expediente 2006-364-FA, secretario Ronald Milla, pedir nueva liquidación y notificarse en el Penal de esta ciudad al demandado interno", reconociendo la nombrada servidora que fue ella quien entregó dicha nota, correspondiéndole también la letra. Asimismo, la señora Patricio Chávez habría indicado que esa nota iba a llevársela al defensor de oficio cuyo nombre no sabía. Por otro lado, en la referida acta se dejó constancia también que anteriormente ya se había encontrado en una situación similar a la referida especialista legal debido a que existían comentarios de que estaría litigando y asesorando.

Segundo: Que, continuando con el trámite disciplinario, el citado órgano desconcentrado propuso a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial se imponga a la servidora judicial investigada medida cautelar de suspensión preventiva en el ejercicio de sus funciones, la misma que emitió la resolución número cuatro de fecha diez de marzo de dos mil diez, con la cual se dictó medida cautelar de suspensión preventiva en su contra, hasta que su situación disciplinaria se resuelva definitivamente. Resolución que es materia de grado.

Tercero: Que, en su escrito de apelación, la recurrente alega que es víctima de represalia por parte del magistrado interviniente, ante hechos sucedidos en el dos mil ocho, considerando además que el acta que contiene dicha intervención es nula por



Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

//Pag. 02, MEDIDA CAUTELAR N° 010-2010-JUNÍN

haber sido levantada sin presencia del Fiscal de turno, y sin la intervención del juez designado por la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de la mencionada Corte Superior; que ha sido realizado en un despacho distinto al del juez interviniente; y que ha sido redactada por éste de forma arbitraria, conteniendo hechos que no se ajustan a la realidad.

Cuarto: Que, de conformidad a lo establecido en el artículo ciento catorce del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial, la medida cautelar se dicta siempre que el juez o auxiliar jurisdiccional se encuentren sometidos a procedimiento disciplinario, mediante resolución debidamente motivada, cuando concurren los siguientes requisitos: 1) Existan fundados y graves elementos de convicción sobre la responsabilidad disciplinaria por la comisión de hecho grave que haga previsible la imposición de la medida de destitución (*fumus boni iuris*); 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 (*periculum in mora*).

Quinto: Que, siendo ello así, la imputación que se hace a la servidora Esperanza Juana Vivar Caro consiste en que habría estado brindando asesoría legal a la litigante Doris Rita Patricio Chávez en la tramitación del Expediente N° 2006-364-FA sobre alimentos, en la que es demandante esta última, habiéndose dispuesto por ello la suspensión preventiva de sus labores. Corresponde entonces a esta instancia, vía recurso de apelación, verificar los requisitos que el A quo tuvo en cuenta para disponer la decisión antes citada, a la luz de no sólo de los presupuestos procesales para la concesión de una medida cautelar, sino también respecto a la adecuación o subsunción de los hechos investigados a la normativa legal existente.

Sexto: Que, si bien es cierto que, alguna veces, la administración goza de cierta discrecionalidad en el ejercicio de sus atribuciones, no es menos cierto que dicho ejercicio no debe confundirse con una situación de completo arbitrio de los funcionarios públicos, y por ende, esa actuación no pueda estar sujeta a un juicio de proporcionalidad. Siendo así, la motivación no se agota en la sola enunciación de hechos y normas jurídicas, sino que la misma está referida a que se deban subsumir los hechos en un tipo legal pertinente, conforme lo dispone el artículo 234°, inciso 3, de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Por lo tanto, la proporcionalidad actúa como un límite a la actividad administrativa de determinación de sanciones, sin que exista posibilidad alguna de opción libre, sino una actividad vinculada a la correspondencia entre infracción y sanción¹.

¹ Cf. Nieto, Alejandro, Derecho administrativo sancionador, 4ª ed., totalmente reformada, Madrid. Tecnos, 2005, pp. 350-351.



Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

//Pag. 03, MEDIDA CAUTELAR N° 010-2010-JUNÍN

Sétimo: Que, siendo ello así, cuando la administración ha llegado a constatar los hechos y sus circunstancias, debe proceder del modo siguiente: a) subsunción de la actuación en un tipo normativo de infracción; b) subsunción del tipo en una clase de sanción; c) determinación de la correlación entre la clase de infracción y la clase de sanción; y d) atribución de una sanción concreta escogida entre las que se encuentra en la clase².

En consecuencia, ante la posibilidad de la aplicación de una u otra norma jurídica a un caso concreto se debe proceder a motivar las razones por las cuales un hecho determinado se encuadra en una norma determinada y no en otra que pueda contener un supuesto de hecho similar. Y esto tiene que ver con el deber de motivación que toda decisión administrativa debe tener, tanto más si es que nos encontramos en el ámbito administrativo disciplinario, donde tanto la protección como la afectación de bienes jurídicos resulta de suma relevancia, puesto que no se trata de proteger el interés público como bien jurídico en general sino también los derechos de los investigados, a efectos de no incurrir en ningún exceso frente a ellos.

Octavo: Que, siendo así, se puede verificar de autos que de todo lo señalado por la Oficina de Control de la Magistratura en su resolución cautelar, no se advierte en parte alguna que pase a definir (o por lo menos conceptualizar) qué es lo que se debe entender por ejercer la defensa o asesoría legal; y en ese contexto, se generan serios problemas sobre cómo se puede encuadrar el hecho investigado, relacionado con que la investigada entregó a su empleada una información sobre el estado de un expediente judicial donde esta última es parte, en el supuesto jurídico anotado. Ello conlleva a que el cargo imputado pierda sustento en cuanto a la claridad de la vinculación entre los hechos descritos con el contenido de la norma invocada como causal de infracción, pues no basta que se describa el hecho y se diga que se le aplica una norma legal, sino que se debe motivar cómo así ese supuesto previsto por la ley comprende al hecho descrito.

Noveno: Que, el hecho que el Órgano de Control de la Magistratura no haya sido la que abrió investigación, sino la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura de la Corte Superior de Justicia de Junín, no significa que antes de emitirse la decisión cautelar, deba dejar de evaluarse el sustento fáctico y jurídico de la propuesta de medida cautelar, pues de otro modo, este tipo de medidas preventivas se estarían dictando de manera automática, con las graves repercusiones que ello tendría. Por tal motivo, se hace necesario que previamente el Órgano Desconcentrado de Control (o en su caso la OCMA) proceda a diferenciar conceptualmente el contenido del inciso tres del artículo nueve, frente al inciso dos del artículo diez del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Auxiliares Jurisdiccionales del Poder Judicial, puesto que la primera norma califica como falta grave [que tiene como sanción máxima la suspensión] el admitir o formular recomendaciones en procesos judiciales; en tanto que la segunda norma cataloga como

² Ibid., p. 347.



Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

//Pag. 04, MEDIDA CAUTELAR N° 010-2010-JUNIN

falta muy grave el ejercer la defensa o asesoría legal pública o privada [que contempla como máxima sanción la destitución del cargo].

Décimo: Que sólo así se podrá saber cuándo un hecho como el investigado, da lugar a que se abra procedimiento disciplinario contra una persona por un supuesto jurídico determinado. De otro modo, se estaría dando paso a la arbitrariedad cuando el ente contralor tipifica un hecho sin sustentar las razones por las cuales lo hace, y peor aún, si es que nos encontramos ante un hecho que puede encuadrarse en uno u otro supuesto legal, en tanto y en cuanto no se cumpla con llenar de contenido qué es lo que se entiende por una u otra infracción prevista por los artículos citados.

Undécimo: Que, en ese contexto, es menester saber por qué la conducta de la servidora investigada no se puede calificar como el haber formulado recomendaciones (artículo nueve. tres del mencionado reglamento) y si se configura como un ejercicio de la defensa o asesoría legal pública o privada (artículo diez. dos del referido reglamento), puesto que ambas normas no precisan los alcances de los términos lingüísticos que contienen.

Duodécimo: Que, siendo así, este Colegiado considera que no se presenta el primer presupuesto de toda medida cautelar, cual es el denominado *fumus boni iuris*, dado que al no haber certitud en la infracción atribuida a la servidora judicial, mal se puede prever que la sanción a imponérsele va a ser la destitución del cargo; en consecuencia, y ante la ausencia de dicho presupuesto, resulta innecesario pasar a analizar si es que existe peligro en la demora. Siendo así, se deberá revocar la cautelar impuesta, por lo menos mientras no se proceda a subsumir adecuadamente los hechos investigados con la norma jurídica de cobertura pertinente.

Decimotercero: Que, por otro lado, debe tenerse en cuenta dos temas adicionales que merecen investigarse. El primero es el de la conflictiva relación que existiría entre el magistrado que levantó el acta y la servidora investigada, donde ésta le imputa al primero la apropiación de una suma de dinero producto de una actividad social realizada. En tanto que el segundo es el referido a que la presente medida cautelar fue impuesta el diez de marzo de dos mil diez, la cual al ser impugnada por la expedientada, es declarada inadmisibile el veinte de abril del mismo año y subsanada el veintiuno de mayo del referido año, concediéndose recién la apelación el veintitrés de diciembre último, luego de más de siete meses. Es más, existe a fojas doscientos setenta y uno una razón donde se señala haber encontrado dicho recurso en un proceso de depuración de escritos; hecho que debe ameritar pronunciamiento de la Jefatura de la Oficina de control de la Magistratura del Poder Judicial.

Por tales fundamentos, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en uso de las atribuciones conferidas por el artículo ochenta y dos del Texto Único Ordenado de la Ley

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial

//Pag. 05, MEDIDA CAUTELAR N° 010-2010-JUNÍN

Orgánica del Poder Judicial, en sesión ordinaria de la fecha, de conformidad con el informe del señor Consejero Ayar Chaparro Guerra, por unanimidad;

RESUELVE: Primero: **Revocar** la resolución número cuatro expedida por la Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial con fecha diez de marzo de dos mil diez, de fojas cuarenta y uno a cincuenta y tres, por la cual se impuso medida cautelar de suspensión preventiva a la servidora Esperanza Juana Vivar Caro, por su actuación como Especialista Legal del Segundo Juzgado Penal del Módulo Básico de Justicia de Tarma, Corte Superior de Justicia de Junín y en todo cargo en el Poder Judicial, hasta que su situación disciplinaria se resuelva definitivamente; la que, reformándola, la dejaron sin efecto. Segundo: Disponer que el órgano de control competente proceda a subsumir adecuadamente los hechos investigados dentro de la norma jurídica que corresponda, procediendo a definir o conceptualizar los supuestos jurídicos contenidos en los artículos nueve, tres y diez . dos del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Auxiliares Jurisdiccionales del Poder Judicial. Tercero: Disponer que la Jefatura del Órgano de Control emita pronunciamiento respecto a lo expuesto en el décimo tercer considerando de la presente resolución; agotándose la vía administrativa, y los devolvieron. **Regístrese, comuníquese y cúmplase.**

SS.



Cesar San Martín Sastro

CÉSAR SAN MARTÍN SASTRO

Robinson O. Gonzales Campos

ROBINSON O. GONZALES CAMPOS

JORGE ALFREDO SOLÍS ESPINOZA

DARÍO PALACIOS DEXTRE

AYAR CHAPARRO GUERRA

Luis Alberto Mera Casas
LUIS ALBERTO MERA CASAS
Secretario General