



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL JUEZ EN UN PROCESO DISCIPLINARIO

Luis Castillo-Córdova

Perú, diciembre de 2007

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2007). Análisis de la constitucionalidad de la medida cautelar de suspensión del juez en un proceso disciplinario. *Actualidad Jurídica: información especializada para abogados y jueces*, (169), 171-177.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA CAUTELAR DE
SUSPENSIÓN DEL JUEZ EN UN PROCESO DISCIPLINARIO

Luis Castillo Córdova*

I. INTRODUCCIÓN

1. *Planteamiento de la cuestión*

Una de las principales cuestiones que se puede plantear a los procesos disciplinarios seguidos contra magistrados del Poder Judicial y fiscales del Ministerio Público, está referida de la constitucionalidad de la medida cautelar de suspensión (o de abstención, como se le llama también impropia). El propósito de este informe práctico es la realización de un análisis de constitucionalidad de la referida medida y, con ello, resolver la cuestión de su validez jurídica. El análisis se realizará desde dos planos: uno abstracto y otro concreto.

2. *Dos cuestiones preliminares*

A) Una cuestión terminológica

Sin embargo, antes de entrar en ellos, es conveniente dejar aclaradas las siguientes dos cuestiones. La primera está referida acerca del nombre que se emplea para designar la medida cautelar mencionada en un proceso disciplinario seguido contra juez o fiscal. Normalmente, cuando la Jefatura de la Oficina de Control de la Magistratura (en adelante OCMA), resuelve en primera instancia sobre la medida cautelar, emplea un texto semejante al siguiente:

“Dictar medida cautelar de ABSTENCIÓN en el ejercicio de sus funciones en el Poder Judicial al magistrado [nombre del magistrado], por su actuación como Juez del [nombre del Juzgado], en tanto se resuelva su situación jurídica”.

Se debe hacer reparar desde ahora que la expresión ABSTENCIÓN no es objeto de un empleo adecuado. Ella hace referencia a que la separación del conocimiento de un caso que experimenta un magistrado, no es por una decisión externa al mismo, sino por una decisión propia. En estricto, cuando un órgano con competencia para ello dispone que un juez deje de conocer un caso concreto o más ampliamente, cuando dispone que temporalmente no puede conocer ningún caso, lo que acontece en estricto es una SUSPENSIÓN.

La imprecisión en el empleo de los términos probablemente sea consecuencia de la imprecisión en la que se ha incurrido también en el artículo 67 del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura (R. A. N.º 263-96-SE-TP-CME-PJ), en cuyo primer párrafo se ha dispuesto lo siguiente:

“El Jefe de la OCMA, de la ODICMA y, de las Unidades Contraloras de la Sede Central, podrán imponer la ABSTENCIÓN en el ejercicio de sus labores en el Poder Judicial, de los Magistrados y auxiliares jurisdiccionales, sólo cuando en el conocimiento de los procesos

* Investigador contratado, adscrito al Área de Filosofía del Derecho de la Universidad de A Coruña (España). Profesor de la Universidad de Piura (Perú).



investigados, adviertan que han sido sorprendidos en la comisión de flagrante delito. Contra dicha medida procede el recurso de apelación ante el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, dentro del quinto día de notificada”.

Con lo que un uso estricto y adecuado de la expresión lleva a decantarse por el empleo de la expresión SUSPENSIÓN antes que la de ABSTENCIÓN.

B) La afectación de derechos fundamentales

Normalmente, aunque siempre habrá que estar a las circunstancias del caso concreto, la decisión de suspensión cautelar de un juez o fiscal a quien se le sigue un proceso disciplinario, resulta afectando –ya se analizará más adelante si se trata o no de una afectación constitucionalmente permitida- 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).

Siguiendo la lógica del Tribunal Constitucional, la afectación ocurre de la siguiente manera:

- a) *Prima facie*, el derecho al trabajo de alguien que ocupa ya un puesto de trabajo supone permitirle al trabajador la realización del trabajo para el que fue contratado o nombrado. La suspensión en el ejercicio del cargo impide la realización de esta permisión y, en esa medida, afecta el contenido *prima facie* del derecho al trabajo.
- b) *Prima facie*, el derecho a permanecer en el servicio mientras se observe conducta e idoneidad supone permitir al juez (o fiscal) la realización de la función mientras el órgano competente a través del procedimiento legalmente establecido no haya declarado que el juez o fiscal no ha observado la conducta e idoneidad exigidas para el ejercicio de la función. La suspensión en el ejercicio del cargo impide la realización de esa función y, en esa medida, afecta el contenido *prima facie* del derecho a permanecer en el ejercicio del cargo jurisdiccional.

En la medida que lo afirmado se predica del contenido *prima facie* de los derechos fundamentales mencionados, la afectación que experimentan no es necesariamente inconstitucional. Será inconstitucional cuando la afectación del derecho constitucional incumpla alguna de las exigencias constitucionales.

C) Las exigencias constitucionales de toda afectación de un derecho fundamental

Una medida que afecta una norma que reconoce un derecho fundamental, para ser constitucionalmente válida debe ajustarse al menos a una serie de exigencias constitucionales. Aquí interesa destacar las siguientes:

- a) La garantía de la reserva de ley.
- b) El principio de proporcionalidad.
- c) Los demás principios constitucionales, en particular habrá que destacar en este caso sancionador, el principio de presunción de inocencia.

Así, la medida que afecta el contenido *prima facie* del derecho constitucional al trabajo y el derecho constitucional a permanecer en el servicio por parte del juez o fiscal suspendido en un proceso disciplinario, será una medida que contiene una afectación inconstitucional, si no se ajusta a todas las mencionadas exigencias.

II. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DESDE UN PLANO ABSTRACTO

1. *Sobre el cumplimiento de la reserva de ley*

A) El reconocimiento de la garantía en el ordenamiento jurídico peruano

La garantía de la reserva de ley o de la necesidad de Ley (*Erforderlichkeit des Gesetzes*) es una garantía cuya formulación dependerá de las prescripciones constitucionales en cada ordenamiento jurídico¹. En el ordenamiento jurídico peruano es posible argumentar tanto una reserva de ley orgánica como una de ley ordinaria². De modo general interesa resaltar que uno de los contenidos de esta garantía normativa es el de exigir que toda afectación o limitación del ámbito jurídico de un derecho fundamental deba venir dispuesta, al menos en sus elementos esenciales, por la Ley y no por el Reglamento. En estos casos, el Reglamento sólo operará con posterioridad y con un afán exclusivamente de complemento y desarrollo, sin transgredir, en ningún supuesto, lo dispuesto por la Ley.

Como ha dicho el Supremo intérprete de la Constitución peruana,

“[e]l *principio de reserva de ley* exige que toda limitación a un derecho fundamental debe estar impuesta por una norma con rango legal. Así lo dispone el artículo 2.º, inciso 24, literal a), como también el artículo 30.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³.

Complementariamente, ha recordado el Tribunal Constitucional que

“[e]n reiterada jurisprudencia este Colegiado ha señalado que la reserva de ley se encuentra garantizada cuando, vía ley o norma habilitada, se regulan los elementos esenciales y determinantes (...), de modo que todo aquello adicional pueda ser delegado para su regulación a la norma reglamentaria en términos de complementariedad, mas nunca de manera independiente”⁴.

B) La suspensión del juez y la garantía de reserva de ley

Admitida la vigencia de la garantía de reserva de ley en el ordenamiento jurídico peruano, corresponde preguntarse si la posibilidad de suspender a un juez o fiscal en el ejercicio de su función mientras se le sigue un proceso disciplinario en el seno del Poder Judicial o del Ministerio Público a través de los órganos de control correspondientes, viene o no recogida en una norma con rango de ley. De la búsqueda normativa que sobre este tema se puede

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*, 11ª edición, Civitas, Madrid 2002, ps. 238 y ss.

² CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 3ª edición, Palestra, Lima 2007, ps. 410-416.

³ EXP. N.º 4119-2005-PA/TC, 29 de agosto de 2005, F. J. 68.

⁴ EXP. N.º 0018-2005-PI/TC, de 2 de febrero de 2006, F. J. 19.



efectuar, se tiene que en el último párrafo del artículo 34 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante LOCNM), se ha dispuesto lo siguiente:

“Independientemente de la medida disciplinaria de suspensión que el Poder Judicial y el Ministerio Público pueden imponer, también están facultados para disponer la suspensión, como medida provisional, en aquellos casos en que el acto cometido por los jueces y fiscales respectivamente, sea pasible de destitución; hasta que el Consejo Nacional de la Magistratura decida si corresponde aplicar tal medida”.

De este dispositivo se puede arribar al menos a las dos siguientes conclusiones: la primera es que en él se faculta a los órganos disciplinarios del Poder Judicial y del Ministerio Público (cfr. artículo 202 Ley Orgánica del Poder Judicial, en adelante LOPJ) para que suspendan provisionalmente al juez o fiscal contra el que se le sigue un proceso disciplinario mientras dure el mismo. La segunda conclusión es que sólo un requisito es exigido para la procedencia de la antes dicha medida cautelar: que de los hechos imputados al juez o fiscal se puede prever que la sanción a imponerle es la de destitución.

En lo que respecta a la primera conclusión, sin duda que es criticable la técnica legislativa seguida al no haberse regulado esta medida provisional en un artículo específico y completamente destinado a ello, y por el contrario haberla previsto en la última parte del ya mencionado artículo 34 LOCNM, y haberlo hecho casi por casualidad. Muestra de ello –y como segunda crítica– es la parquedad en la regulación de tan importante medida provisional. La significación jurídica de los derechos fundamentales, precisamente por el valor de fin de su titular que es la persona humana, exige una regulación más precisa y completa cuando se trate de regular los elementos esenciales de la medida restrictiva.

Siendo criticable, como se ha dicho, no alcanza, sin embargo, para justificar su inconstitucionalidad. En efecto, aunque se haya regulado tan estrechamente y aunque la regulación sea escondida, no puede afirmarse que el artículo 34 LOCNM quebranta el respeto a la garantía de reserva de ley al regular de modo deficitario la medida de suspensión del juez o fiscal en un proceso disciplinario. Pero esta medida de suspensión cautelar, se ha de recordar, no sólo se encuentra regulada en la ley, sino también en una norma reglamentaria (artículo 67 del Reglamento de Organización y Funciones de la Oficina de Control de la Magistratura). Este dispositivo reglamentario, al disponer el cumplimiento de un requisito distinto para la procedencia de la medida, ha de ser tenido como un dispositivo inconstitucional por vulnerador del principio de jerarquía normativa (artículo 51 CP).

Consecuentemente, sólo serán constitucionalmente válidas aquellas suspensiones cautelares que se decidan sólo con base en el artículo 34 LOCNM. Las que se decidan sólo con base en la norma reglamentaria antes mencionada, deben ser consideradas como medidas de suspensión inconstitucionales por vulnerar el principio de jerarquía normativa, y por vulnerar el principio de reserva de ley. Si ocurre que la medida es expedida con base en ambos preceptos normativos, sólo se ha de considerar como constitucionalmente válido todos los argumentos formulados con base en la norma legal.

2. Sobre el principio de presunción de inocencia

- A) Criterio jurisprudencial por el cual se vulnera el principio de presunción de inocencia cuando la medida se adopta sólo en función de la prognosis de la pena

En lo que respecta a la segunda conclusión a la que se puede arribar del último párrafo del artículo 34 LOCNM, la supeditación de la medida provisional de suspensión sólo a la exigencia de que la sanción que se prevé imponer en el proceso disciplinario sea la destitución, hace que esta parte del mencionado dispositivo deba ser considerada inconstitucional por vulneradora del principio constitucional de presunción de inocencia, como inmediatamente se pasa a argumentar.

Como se sabe, la Constitución es norma jurídica fundamental e irradia el entero ordenamiento jurídico peruano, en particular, a través de sus normas en las que se reconocen derechos fundamentales⁵. Esto significa, entre otras cosas, que los derechos fundamentales (su contenido constitucional, para ser más específicos) así como todos los valores y principios constitucionales que le acompañan, están vigentes y son exigibles en todos los ámbitos del derecho. De esta forma, y para lo que aquí interesa destacar, en el ámbito del derecho sancionador, los procesos penales y los procesos administrativos disciplinarios deben regirse en su desenvolvimiento formal y en su resolución material, por las exigencias que brotan de la naturaleza y dignidad del procesado, es decir, a través del respeto y cumplimiento efectivo de sus derechos fundamentales.

Una de esas exigencias es el principio constitucional de presunción de inocencia. El valor jurídico del procesado, persona humana fin en sí misma que proscribiera todo intento de trato como medio, exige que se le procese presumiéndose su inocencia. No actuar de acuerdo a esta exigencia significa –entre otras cosas– quebrantar el principal criterio de hermenéutica constitucional que se ha previsto por el Constituyente peruano: la consideración de la persona humana como fin y, consecuentemente, la consideración de la organización política, social, económica y jurídica como un medio afectado a la satisfacción de ese fin (artículo 1 CP).

Se quebranta esta exigencia constitucional de presunción de inocencia cuando en el seno de un proceso sancionador, se prevé la imposición de medidas cautelares sobre el procesado con base sólo y exclusivamente en la posible pena o sanción que por los hechos imputados, aún no probados, se le pueda imponer. En esta misma línea se ha dirigido el parecer del Supremo intérprete de la Constitución peruana. Así lo tiene expresado en una de las últimas sentencias sobre la constitucionalidad del mandato de detención como medida cautelar en un proceso sancionador penal:

“este Tribunal considera que si bien la detención judicial preventiva constituye una medida que limita la libertad física, por sí misma no es inconstitucional. Esto es así porque en esencia la detención judicial preventiva constituye una medida cautelar, dado que se dicta para asegurar la efectividad de la sentencia condenatoria a dictarse en futuro. No se trata entonces de una medida punitiva. Por lo tanto solo se justificará cuando existan motivos razonables y

⁵ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, ps. 879-901.



proporcionales para su dictado. Por ello *no solo puede justificarse en la prognosis de la pena* que en caso de expedirse sentencia condenatoria se aplique a la persona que hasta ese momento tenga la condición de procesada, pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia por el de criminalidad (STC 1084–2005–PHC/TC)⁶.

B) Traslado del criterio jurisprudencial del proceso penal al proceso administrativo sancionador

a. Justificación del traslado

Este criterio jurisprudencial debe ser trasladado completamente para el caso de las medidas cautelares en un proceso disciplinario seguido contra un juez o fiscal. El traslado se justifica porque todo proceso sancionador, al margen de su naturaleza judicial o administrativa, viene animado por unos mismos principios formales y materiales. En este sentido se ha desenvuelto el criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional –vigente hasta hoy en día– por el cual enunciando algunos principios constitucionales ha establecido que

“es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador”⁷.

Y es que, como desde bien temprano se encargó de dejarlo claramente establecido el Tribunal Constitucional,

“la potestad sancionatoria de la Administración (...) está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Al respecto debe resaltarse la vinculatoriedad de la Administración en la prosecución de procedimientos administrativos disciplinarios, al irrestricto respeto del derecho al debido proceso y, en consecuencia, de los derechos fundamentales procesales y de los principios constitucionales (...) que lo conforman”⁸.

Uno de esos principios a los que se ha de sujetar la potestad sancionadora de la Administración es precisamente el de presunción de inocencia, más aún cuando su vigencia se hace depender no del tipo de proceso sancionador, sino más bien de la calidad de persona humana de quien se predica la presunción. Bien ha dicho el Tribunal Constitucional cuando ha manifestado que

“[e]l fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio–derecho de dignidad humana (“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de

⁶ EXP. N.º 07051–2006–PHC/TC, de 4 de abril de 2007, F. J. 4. Cursiva de la letra añadida.

⁷ EXP. N.º 2050–2002–AA/TC, de 16 de abril de 2003, F. J. 8.

⁸ EXP. N.º 1003–1998–AA/TC, de 6 de agosto de 2002, F. J. 9.

la sociedad y del Estado”, artículo 1.º de la Constitución), así como en el principio *pro homine*⁹.

b. Formulación del criterio respecto del proceso administrativo disciplinario seguido contra un Juez

Justificado el traslado de la vigencia del principio de presunción de inocencia de la medida cautelar de un proceso penal a la medida de suspensión en un proceso disciplinario en el seno del Poder Judicial, debe procederse a su formulación. Esta formulación –con base a lo dicho por el Tribunal Constitucional en referencia a la detención en un proceso penal- es la siguiente: la previsión de una medida cautelar de suspensión en un proceso sancionador disciplinario *por sí misma no es inconstitucional*, y debe entenderse de esta forma porque *en esencia la suspensión constituye una medida cautelar*. Por ello, la medida de suspensión *sólo se justificará cuando existan motivos razonables y proporcionados para su dictado*, y en particular para lo que aquí interesa ahora destacar, *no solo puede justificarse en la prognosis de la sanción que se prevé se impondrá al juez o fiscal procesado*, es decir, no sólo puede justificarse en la previsión de que el juez o fiscal será sancionado con destitución del cargo, *pues ello supondría invertir el principio de presunción de inocencia*.

Y no podía ser de otro modo, pues si en un proceso disciplinario está constitucionalmente mandado que el procesado no puede ser considerado culpable mientras no se acrediten los cargos que se le imputan, entonces la medida cautelar de suspensión no puede ser adoptada sólo en función de dar por ciertos hechos aún no acreditados, es decir, sólo en función de la sanción que se prevé recibiría el juez o fiscal procesados disciplinariamente. Si se asume lo contrario se estaría actuando presumiendo precisamente la culpabilidad del procesado, con otras palabras, se estaría presumiendo que el procesado será condenado y se estaría sancionando aún cautelarmente con base a alegaciones no acreditadas.

Para agravar aún más la inconstitucionalidad de la suspensión cautelar, no sólo se quebrantaría el principio de presunción de inocencia para presumir la culpabilidad del procesado, sino que el quebrantamiento se ve agravado por el hecho adicional de presumirse una determinada culpabilidad del juez o fiscal procesado. En efecto, al exigirse como único requisito para la imposición de la medida de suspensión, la previsión de que el procesado será sancionado con la sanción más drástica, se está presumiendo la culpabilidad más grave.

En este contexto, la consideración de persona humana que tiene el juez o fiscal procesado y, consecuentemente, la exigencia de la plena vigencia de sus derechos fundamentales, obliga a no admitir como una medida constitucionalmente válida, aquella que suponiendo una afectación a un derecho fundamental (al menos los dos indicados arriba: el derecho al trabajo y a permanecer en el cargo mientras se muestre conducta e idoneidad), es adoptada sólo en función de la posible sanción que pueda recibir por unos hechos que no han sido aún debida y satisfactoriamente probados en el proceso principal.

c. Vulneración del carácter excepcional de la medida de suspensión cautelar del Juez

La situación se agrava especialmente si se toma en consideración que la medida de suspensión aunque provisional y cautelar, tiene el mismo contenido y efectos que la destitución. La única diferencia relevante para lo que se lleva argumentado es que la medida de suspensión será provisional, mientras que la de destitución será definitiva. Pero en uno y

⁹ EXP. N.º 10107-2005-PHC/TC, de 18 de enero de 2006, F. J. 3.



otro caso lo que hay es el alejamiento del juez o fiscal del ejercicio de su función, es decir, en ambos casos lo que hay es una afectación del derecho al trabajo y del derecho a permanecer en el servicio, mientras se observe conducta e idoneidad propias de su función.

Precisamente por esta semejanza entre el contenido de la medida cautelar y el de la sanción definitiva, es que la suspensión del juez y fiscal mientras dure el proceso disciplinario, debe ser la excepción y no la regla. Como bien ha afirmado el Tribunal Constitucional respecto del mandato de detención, afirmación plenamente extensible a la medida cautelar de suspensión en el proceso disciplinario, como ya se argumentó anteriormente,

“por el hecho de tratarse de una medida que restringe la libertad locomotora, dictada pese a que, mientras no exista sentencia condenatoria firme, al procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; *cualquier restricción de ella siempre debe considerarse la última ratio a la que el juzgador debe apelar*, esto es, *susceptible de dictarse sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general*”¹⁰.

Aplicando este criterio jurisprudencial al caso de la medida cautelar de suspensión en un proceso disciplinario seguido contra un juez o fiscal, tendría que afirmarse lo siguiente: por el hecho de tratarse de una medida que restringe los derechos constitucionales al trabajo y a permanecer en el servicio mientras observen conducta e idoneidad propias de su función, dictada pese a que no existe sanción definitiva, al juez o fiscal procesado le asiste el derecho a que se presuma su inocencia; de modo que *cualquier restricción de los mencionados derechos constitucionales debe ser la última ratio a la que se debe apelar, es decir, sólo se ha de adoptar la medida de suspensión en circunstancias verdaderamente excepcionales y no como regla general*.

3. Consideración del caso concreto

Lo que se lleva dicho, como no podía ser de otra forma, tiene siempre que examinarse en las circunstancias de los casos concretos. Así, en las resoluciones en las que OCMA decide suspender cautelarmente a un juez o fiscal, suele afirmarse que debido a que la conducta cuestionada del juez o fiscal procesado

“comprometería seriamente la dignidad del cargo encomendado y la respetabilidad de este Poder del Estado, al afectar seriamente su credibilidad, *lo que hace previsible la imposición de la medida disciplinaria prevista en el artículo 211º del TUO – LOPJ* [dispositivo que regula la sanción de destitución de los magistrados], lo que justifica que esta Jefatura Suprema (...) aplique los correctivos necesarios para evitar que conductas de esta naturaleza mellen la respetabilidad de este poder del Estado, dictando la medida cautela de ABSTENCIÓN”.

Sin duda que en los casos concretos en los que la resolución que dispone la medida cautelar tiene un considerando o fundamento con un texto semejante al transcrito en el párrafo anterior, la sanción deviene necesariamente en inconstitucional por vulnerar el principio de presunción de inocencia.

¹⁰ EXP. N.º 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto de 2002, F. J. 10. El subrayado es añadido.

III. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DESDE UN PLANO CONCRETO. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Como se puso de manifiesto anteriormente, la constitucionalidad de una medida que afecta un derecho constitucional se determina también de su ajustamiento a las exigencias del principio constitucional de proporcionalidad o razonabilidad. Como nos recuerda el Tribunal Constitucional,

“ha sido exigencia de este Tribunal que las restricciones a los derechos fundamentales tienen que responder a parámetros de proporcionalidad y razonabilidad, lo que permite un análisis sustancial de los contenidos de la Ley con relación a su incidencia en los derechos fundamentales”¹¹.

Como se sabe, el principio de proporcionalidad se encuentra conformado por tres juicios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto¹². Una medida que afecta un derecho fundamental será una medida constitucionalmente válida en tanto se ajuste a cada una de estas tres exigencias, es decir, se trate de una afectación idónea, necesaria y ponderada. Si la medida, y la afectación que ella contiene, no cumplen alguna o todas estas exigencias, la medida será inconstitucional por desproporcionada.

A continuación, se analizará la proporcionalidad de la medida cautelar de suspensión en el ejercicio de la función jurisdiccional contra jueces a los que se les sigue un proceso disciplinario, siempre tomando en cuenta contenidos que suelen ser usuales en las resoluciones del OCMA (u ODICMA) por las que se adopta la medida cautelar de suspensión.

1. Juicio de idoneidad

El juicio de idoneidad tiene las siguientes dos exigencias. La primera es que la medida cuya constitucionalidad se analiza debe de tener una finalidad constitucionalmente permitida; y la segunda es que la medida adoptada permita la consecución de la finalidad perseguida¹³. La medida de suspensión que el OCMA suele adoptar tiene una finalidad que se concluye de afirmaciones como la que los hechos que se le imputan al juez procesado,

“justifica que esta Jefatura Suprema (...) aplique los correctivos necesarios para evitar que conductas de esta naturaleza mellen la respetabilidad de este Poder del Estado, dictando la medida cautelar de ABSTENCIÓN”.

De esto se concluye que la medida de abstención en un concreto proceso disciplinario tiene por finalidad resguardar la imagen y prestigio del Poder Judicial. Esta es una finalidad constitucionalmente legítima al menos por las dos razones siguientes. Primera, porque se trata de una institución constitucional que ejerce una cuota del poder público cuya titularidad radica en el pueblo (artículo 45 CP). En este sentido, el Poder Judicial representa al pueblo en la actividad de administrar justicia (artículo 143 CP). Como representante del

¹¹ EXP. N.º 4119–2005–PA/TC, de 29 de agosto de 2005, F. J. 69.

¹² Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, número 11, julio–diciembre 2005, ps. 127–151.

¹³ EXP. N.º 2235–2004–AA/TC, F. J. 6. Esta sentencia aparece con fecha 18 de febrero de 2005, que fue la fecha de vista de la causa. Pero esta no puede haber sido la fecha de expedición de la sentencia porque reitera conceptos que sobre el principio de proporcionalidad vertió en la sentencia al EXP. N.º 0050–2004–AI/TC, de 03 de junio de 2005.



soberano, tiene una dignidad que habrá que respetar. Y segundo, y quizá la más importante, porque a través de un mantenimiento incólume de la imagen y prestigio del Poder Judicial se hará posible la existencia y fortalecimiento de la confianza de los ciudadanos en el sistema de justicia, confianza necesaria precisamente para evitar que los particulares empleen la fuerza en la solución de sus controversias.

Bien claro en este punto ha sido el Tribunal Constitucional al manifestar que

“[e]n doctrina que este Colegiado hace suya, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que una de las características básicas de la sociedad democrática es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos (*mutatis mutandis*, Caso Piersack contra Bélgica, Sentencia de 1 de octubre de 1982, Fundamento N.º 30). En tal sentido, el Tribunal Constitucional remarca que otro de los elementos que, conforme al artículo 43.º de la Constitución, nos configuran como una República Democrática, es la independencia judicial, necesaria para inspirar la confianza de los ciudadanos en los tribunales”¹⁴.

Por eso no es extraño encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional referencias a este bien jurídico constitucional con expresiones como “la credibilidad e imagen del Poder Judicial”¹⁵.

Determinada la finalidad, corresponde examinar si a través de la medida de suspensión que llega a establecer la Jefatura de la OCMA, es posible alcanzar la finalidad perseguida. No es difícil argumentar que si el juez o fiscal suspendido representa una de las vías a través de la cual pueden provenir actos que denigren o mancillen el prestigio y respetabilidad del Poder Judicial, una de las maneras que se tiene de evitar esos actos de denigración es precisamente evitando que el Juez realice esos actos, es decir, suspendiendo al Juez en el ejercicio de sus funciones de Juez. Y no es difícil de entender porque en buena cuenta lo que está aconteciendo es evitar algo cerrando la fuente de la que proviene. Al margen de la gravísima inconstitucionalidad en la que se incurre contra la garantía de presunción de inocencia – analizada anteriormente –, lo cierto es que con la medida de abstención o suspensión del Juez se consigue la finalidad perseguida, en tanto la fuente de las acciones potencialmente desacreditadoras desaparece. No habrá afectación del bien jurídico constitucional porque no será posible acciones ni positivas ni negativas al prestigio del Poder Judicial.

Por lo tanto, se ha de concluir que en el marco de una resolución de OCMA con el contenido antes mencionado por la que se suspende a un juez o fiscal es una medida idónea, superando así el primer juicio de proporcionalidad.

2. Juicio de necesidad

El juicio de necesidad, por su parte, significa que la medida que afecta un derecho fundamental debe haber sido la medida menos restrictiva del derecho y la igualmente satisfactoria entre otras medidas posibles¹⁶. Esto significa que una medida que afecta un derecho fundamental resulta siendo innecesaria si es posible argumentar la existencia de

¹⁴ EXP. N.º 004-2004-CC/TC, de 31 de diciembre de 2004, F. J. 33.

¹⁵ EXP. N.º 3716-2004-HC/TC, de 29 de diciembre de 2004, F. J. 22.

¹⁶ EXP. N.º 1091-2002-HC/TC, de 12 de agosto de 2002, F. J. 12.

otra medida que permita alcanzar el objetivo previsto, aunque con menos sacrificio del derecho fundamental.

En los casos concretos que se examinen, se ha de tener en cuenta que la Jefatura de la OCMA intenta evitar que un juez o fiscal realice actos que desprestigien el Poder Judicial, por ello lo suspende en sus funciones; por lo que se debe analizar si de las circunstancias concretas de cada caso se puede concluir o no que el Juez consultor representa un peligro grave para la imagen del Poder Judicial que haga necesaria precisamente una medida también especialmente drástica para neutralizarlo. Dos elementos ayudarán al análisis: primero, determinar si el Juez o fiscal procesado ha incurrido o no previamente en alguna responsabilidad disciplinaria en el ejercicio de su función; y segundo, determinar si la mayoría de las supuestas irregularidades cometidas por el Juez o fiscal procesado, tienen que ver con la interpretación y aplicación de la legalidad vigente, es decir, están relacionadas con los criterios jurisdiccionales de los jueces.

De las concretas circunstancias del caso se debe de determinar si debido a los antecedentes del juez o fiscal en el ejercicio de su función, y debido a las razones que motivaron su suspensión cautelar, existe o no una medida igualmente satisfactoria en el caso y menos restrictiva de sus derechos constitucionales. En particular, se ha de determinar si esa otra medida puede ser el apartamiento del Juez o fiscal del concreto caso en el que supuestamente ocurrieron las irregularidades. Esta medida tiene sustento legal en los artículos 236.1 y 236.2 de la Ley 27444, en el que de modo general se ha previsto la posibilidad de adoptar medidas provisionales que aseguren la eficacia de la resolución final, ajustándose siempre a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de la finalidad que se intenta conseguir con la medida cautelar. Por lo demás, esta posible medida no supone una afectación al derecho al trabajo, ni al derecho a permanecer en el ejercicio de la función.

Si ocurriese que es argumentable la anterior medida en un caso concreto, entonces la medida cautelar de suspensión no habrá sido adoptada excepcionalmente como última ratio frente a una situación de supuesta amenaza a la imagen del Poder Judicial, sino que se ha adoptado como si fuese la regla general. Por lo demás, se tratará de una medida desproporcionada por innecesaria y, consecuentemente, de una medida inconstitucional.

3. Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

Si en un caso concreto se logra argumentar la innecesariedad de la medida de suspensión del juez o fiscal tal y como se explicó en el apartado anterior, ahí se tendría que haber detenido el análisis de proporcionalidad para determinar la inconstitucionalidad de la concreta medida cautelar. Sin embargo, y con la finalidad de abundar en argumentos de inconstitucionalidad, es posible realizar un análisis de proporcionalidad en sentido estricto. Este juicio afirma que debe existir un equilibrio entre los perjuicios que la restricción del derecho constitucional supone, y los beneficios que para el logro de la finalidad de la medida se obtienen¹⁷. Para realizar este juicio se seguirá la triada propuesta por Robert Alexy, en la que leve es *l*, medio es *m*, y grave es *g*:

¹⁷ EXP. N.º 2235–2004–AA/TC, citado, F. J. 6.



“[s]egún la ley de ponderación, el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio [derecho fundamental] y la importancia de la satisfacción del otro son objeto de valoración como *l*, *m* y *g*”¹⁸.

En un caso concreto, este juicio exige que exista un equilibrio entre los perjuicios que para la plena vigencia de los derechos constitucionales (al menos para los dos sobre los que ha girado este informe: el derecho al trabajo y el derecho a permanecer en el ejercicio de la función jurisdiccional), y los beneficios que para la respetabilidad del Poder Judicial genera la concreta medida provisional de suspensión del Juez consultor.

Del lado de los perjuicios se tiene que la suspensión significa el impedimento de ejercer cualquier facultad que el contenido constitucional de los derechos afectados depara a su titular. El Juez suspendido no podrá realizar labor ninguna propia de la función jurisdiccional encomendada. En este sentido el perjuicio para la vigencia de los derechos analizados es grave (*g*), porque la afectación de los derechos es máxima.

Del lado del beneficio se tiene que la suspensión significará la certeza de que no ocurrirán determinados posibles actos que pongan en riesgo la imagen y respetabilidad del Poder Judicial. El beneficio que se obtiene al neutralizar ese riesgo no puede llegar a considerarse alto cuando concurra cualquiera de las dos siguientes razones. Primera, cuando se trate de actos sólo posibles, respecto de los que no existe ningún elemento de juicio objetivo que haga prever con algún grado de verosimilitud que llegarán a acontecer. En este supuesto juega papel importante los antecedentes del juez o fiscal procesado disciplinariamente. De hecho, de acuerdo a esos antecedentes (o a la ausencia de los mismos) podría incluso concluirse que lo probable sería la no ocurrencia de los mismos actos.

La segunda, cuando aún pudiendo acontecer esos actos, en su mayoría están referidos de la actividad interpretativa y de aplicación que de la ley haya realizado el Juez o fiscal suspendido y, como se sabe, al ser la Constitución un marco, caben más de una posible interpretación y aplicación constitucional de las normas¹⁹. De esta manera, el beneficio que para el bien jurídico constitucional “respetabilidad del Poder Judicial” pueda significar la medida de suspensión podría en un caso concreto ser leve (*l*) porque el riesgo de producción de actos contrarios a la imagen del Poder Judicial es mínimo.

Establecidos los dos extremos de la comparación se tiene lo siguiente: la suspensión aún provisional de un juez o fiscal en un caso concreto significa un alto costo a la vigencia de sus derechos constitucionales (en particular, al trabajo y a la permanencia en el servicio), mientras que el beneficio que para la respetabilidad del Poder Judicial que se podría obtener es bajo. Esto significa que no existe una relación de equilibrio entre los dos extremos examinados, sino que lo que acontece es una manifiesta desproporción en perjuicio precisamente de los derechos constitucionales afectados.

Este desequilibrio puede graficarse de la siguiente manera:

Intensidad del perjuicio = *g*

¹⁸ ALEXY, Robert, Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes muebles de España, Madrid, 2004, p. 60.

¹⁹ Cfr. ALEXY, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht -Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 61, 2002, ps. 16-27.

Intensidad del beneficio = 1

Siendo $g > 1$, no existe equilibrio y la medida de suspensión del juez o fiscal en un proceso disciplinario es desproporcionada y, por tanto, inconstitucional.

IV. CONCLUSIONES

La actuación siempre vigilante de los órganos de control de la judicatura, es sin duda alguna necesaria no solamente para evitar verdaderos actos de corrupción e incluso delincuenciales, sino que es necesaria también para una vez ocurridos esos actos separar inmediatamente del Poder Judicial a los magistrados que deshonren la función que se les encomendó y dañen la imagen institucional de este órgano estatal. Pero también sin duda alguna es necesario que la actuación de control se desenvuelva según los cauces formales y materiales que la Constitución misma ha previsto. Una actividad de control desarrollada contra los mandatos constitucionales, es sencillamente una actuación proscrita e incluso sancionable constitucionalmente. Que so pretexto de evitar actos que riñan con el actuar honesto y eficiente de la magistratura, no se termine implantando un régimen *cuasi-policial* que no sólo no respete los derechos fundamentales de los magistrados, sino que al mismo tiempo genere miedos a los órganos de control que impida un ejercicio plenamente independiente de la función judicial.

De las páginas anteriores se concluye que hay razones fuertes para sostener la inconstitucionalidad de la medida de suspensión provisional que para el Juez pueda suponerle la suspensión resuelta por la Jefatura de la OCMA en un proceso disciplinario. Y las razones van en la línea de justificar –como se ha hecho a lo largo de este informe– que la medida de suspensión cautelar ha afectado de manera inconstitucional el contenido constitucional *prima facie* de los derechos al trabajo y a permanecer en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función. Y la afectación debe ser considerada inconstitucional porque no se ha ajustado al menos a las siguientes exigencias constitucionales: el principio de reserva de ley (en el caso referido en la parte final del punto II:1.b anterior); el principio de presunción de inocencia; y el principio de proporcionalidad.

