



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

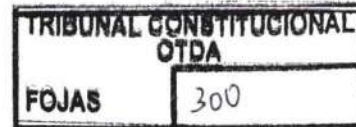
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	299

# SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Sumario

- I. ASUNTO
- II. DATOS GENERALES
- III. NORMA OBJETO DEL JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD
- IV. ANTECEDENTES
  - A. DEMANDA
  - B. CONTESTACIÓN
  - C. ALEGATOS DE LOS *PARTÍCIPES*
- V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES
- VI. FUNDAMENTOS
  - A. EXCEPCIONES PROPUESTAS
    - §1. LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LOS DEMANDANTES
    - §2. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA
    - §3. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LOS *PARTÍCIPES*
  - B. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA
    - §1. EL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD
      - §1.1. TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y SU RANGO CONSTITUCIONAL
      - §1.2. SU CONDICIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO
      - §1.3. CONTENIDO O ÁMBITO DE PROTECCIÓN
        - §1.3.1 ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA
        - §1.3.2. LAS CONDICIONES IGUALES DE ACCESO
      - §1.4. LA INFRACCIÓN DE ESTE DERECHO
    - §2. ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD
      - §2.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA
      - §2.2. ANÁLISIS BAJO EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
        - §2.2.1 LA INTERVENCIÓN EN LA IGUALDAD



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	301



§2.2.2 LA INTENSIDAD DE LA INTERVENCIÓN

§2.2.3 LA FINALIDAD DEL TRATAMIENTO DIFERENTE

§2.2.4 EXAMEN DE LA *IDONEIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE

§2.2.5. EXAMEN DE LA *NECESIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE

§3. EL ARTÍCULO 151° DE LA CONSTITUCIÓN

C. CONTROL *ABSTRACTO* DE CONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO EXPEDIDO POR EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

D. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA Y EXHORTACIÓN AL CONGRESO

FALLO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	302



Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC  
Lima  
Colegio de Abogados de Arequipa y otro

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 25 días del mes de abril de 2006, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la presencia de los magistrados García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

### I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 22, inciso c), de la Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

### II. DATOS GENERALES

Demandante: Colegio de Abogados de Arequipa y Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima

Norma impugnada: Artículo 22, inciso c), de la Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

Vicio de inconstitucionalidad: Inconstitucionalidad por el fondo. Infracción del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 25, inciso c; Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 23, numeral 1, literal c).

Petitorio: Se declare la inconstitucionalidad de la disposición impugnada.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	303



### III. NORMA OBJETO DEL JUICIO DE INCONSTITUCIONALIDAD

#### **Artículo 22, inciso c), de la Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura**

“Artículo 22.- El nombramiento de Jueces y Fiscales se sujeta a las siguientes normas:  
(...)

“c) Para ser considerado candidato y someterse al respectivo concurso, los postulantes deberán acreditar haber aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura.”

### IV. ANTECEDENTES

#### **A. Demandas**

El Colegio de Abogados de Arequipa considera que la norma impugnada, al establecer como requisito para postular a la magistratura el haber aprobado el programa de formación académica (en adelante PROFA), es inconstitucional. Sostiene que dicha norma contraviene el principio de igualdad en tanto ocasiona una discriminación con respecto a abogados que no han llevado los cursos impartidos por la Academia de la Magistratura y brinda un tratamiento preferencial a quienes sí lo han efectuado, aún cuando aquéllos tengan los grados de magíster o doctor en Derecho o hayan llevado cursos de perfeccionamiento en universidades nacionales o extranjeras.

El artículo 151 de la Constitución establece como función de la Academia de la Magistratura la formación y capacitación de jueces y fiscales, pero no la de abogados que aspiran a dicho cargo. La “intención” de dicha norma sería capacitar a los integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público “con el fin de mejorar su imagen institucional”, no resultando congruente el propósito de capacitar a abogados que no son jueces o fiscales y que no forman parte de tal organismo.

El requisito cuestionado contraviene también el principio de unidad de la Constitución, dado que si se interpreta aisladamente el artículo 151 en el sentido que establece el cuestionado requisito, tal interpretación sería contraria al artículo 147, el cual no contempla un requisito de tal género dentro de los que establece para ser Magistrado de la Corte Suprema.

El término “selección”, contenido en el artículo 151, es diferente al de “postular” debido a que aquél significa escoger por medio de una selección, mientras que postular significa “pretender”. De esto se concluye que dicha norma no establece que el curso de



la Academia de la Magistratura constituye un requisito para “postular” o “pretender” al cargo de Magistrado.

La norma cuestionada limita las facultades del Consejo Nacional de la Magistratura en cuanto circunscribe la función de selección y nombramiento de magistrados únicamente a quienes han aprobado el curso de la Academia.

La exigencia de determinadas calificaciones para ocupar un cargo público no constituye en sí misma una afectación al principio de igualdad, pero deviene contraria a la Constitución en tanto impone un requisito no contemplado por el artículo 147° de la Constitución y, por tanto, contraria al principio de igualdad y a lo establecido en la cláusula 1.2 de la Convención sobre la Discriminación de la Organización Internacional del Trabajo.

La infracción constitucional mencionada se ha materializado con la Convocatoria N.º 02-2005-CNM, realizada por el Consejo Nacional de la Magistratura, en cuyo punto 7, inciso “O”, se requiere la certificación expedida por la Academia de la Magistratura de haber aprobado los estudios del programa de formación de aspirantes. Asimismo, otro acto que representa la materialización de la inconstitucionalidad expuesta es la Resolución N.º 079-2001-AMAG-CD/P, expedida por la Academia de la Magistratura, por la que se aprueba el concurso público de méritos para la admisión al Séptimo Curso de Formación de Aspirantes a Magistrados, debido a que la Academia ha ofrecido 480 vacantes a nivel nacional, correspondiendo a Arequipa 60 para el primer nivel, 20 para el segundo, pero ninguna para el tercer nivel correspondiente al de Vocal y Fiscal Supremo, verificándose lo mismo en otras sedes y habiéndose previsto vacantes para este nivel únicamente en la sede de Lima. Esto implica, por un lado, la previsión de un número de vacantes mínimo que no cubre las expectativas de los aspirantes y, por otro, la necesidad de los postulantes para Vocal y Fiscal Supremo de tener que trasladarse a la ciudad de Lima y dejar su centro laboral durante el periodo que dure el curso.

El Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima considera que la disposición impugnada es inconstitucional debido a que los artículos 150° y 151° no establecen un requisito como el impugnado para postular al cargo de magistrado. Asimismo, porque limita y resulta contrario al derecho que tienen los abogados de acceder a la magistratura, ocasionando, así, un trato discriminatorio.

## B. Contestación

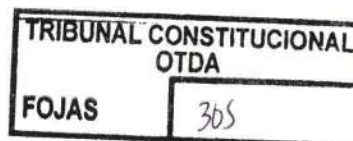
El Congreso plantea las excepciones de falta de legitimidad activa para obrar de ambos demandantes y de cosa juzgada. Sostiene que la sentencia recaída en el Exp. N.º 0003-2001-AI/TC y N.º 0006-2001-AI/TC, en la que se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la disposición impugnada en el presente proceso, ha configurado cosa juzgada que impide que ella sea examinada nuevamente.

El Congreso solicita, asimismo, se declare infundada la demanda de inconstitucionalidad. Afirma que la posible infracción del artículo 151 de la Constitución por parte de la disposición impugnada ya fue analizada en el fundamento 3 de la citada sentencia, en el sentido que el requisito establecido por ésta no resulta contrario a dicha disposición. Sostiene, además, que la alegada infracción del principio





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



de igualdad también ya fue examinada en el fundamento 6 de la citada sentencia, en el sentido de que dicho principio no resulta infringido y tampoco el artículo 1.2 del Convenio N.º 111 sobre discriminación. Arguye, también, que la igualdad no se encuentra infringida dado que el requisito cuestionado se impone “para cualquiera que desee alcanzar una plaza para juez o fiscal”; es decir, de modo general. Manifiesta que la infracción del derecho de acceso de los cargos públicos en condiciones de igualdad, reconocido por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25, inciso c), así como por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 23, numeral 1, literal c), tampoco podría ser objeto de análisis debido a que ello ya se habría efectuado en el fundamento 6 de la citada sentencia. Sin perjuicio de ello, señala que en la medida que el requisito cuestionado es de carácter general, no puede considerarse que él contravenga el mencionado derecho, conclusión a la que se arriba aun sometiéndolo al principio de proporcionalidad. Precisa que confirma la idoneidad de la medida que, incluso en el derecho comparado, escuelas judiciales como las de México, Chile, Costa Rica, etc., exijan un requisito de tal tipo.

No resulta contrario al principio de unidad que el legislador establezca requisitos adicionales a los contemplados al artículo 147 para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema. Por el contrario, dicho principio orienta a interpretarlo en concordancia con otras disposiciones constitucionales donde se enuncia que los magistrados deben aprobar estudios especiales en la Academia para el ascenso (artículo 151, segundo párrafo) y que el nombramiento y selección de magistrados ha de efectuarse de conformidad con la Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura (artículo 150) (sic), norma que desarrolla las disposiciones constitucionales respecto a la elección de magistrados. Asimismo, conforme al principio de unidad, los requisitos del artículo 147 no pueden interpretarse aisladamente, sin considerar que aquéllos son complementados por otras normas de desarrollo, tal como el caso del artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial donde se contempla requisitos adicionales, comunes para todo magistrado.

Por último, sostiene que no cabe cuestionar la constitucionalidad del Reglamento del Concurso para la admisión al PROFA por tratarse de una norma que, al carecer de rango de ley, no puede ser objeto del proceso de inconstitucionalidad.

### C. Alegatos de los *Partícipes*

El Consejo Nacional de la Magistratura, en condición de Partícipe en el proceso de inconstitucionalidad, considera que la demanda debe ser declarada infundada. Afirmo que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la norma impugnada en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0003-2001-AI/TC y N.º 0006-2001-AI/TC, afirmando su constitucionalidad. Sin perjuicio de ello, sostiene que la disposición impugnada no contraviene el derecho de acceso a la función pública reconocida por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, dado que aquél admite la restricción de este derecho siempre y cuando no se trate de una “restricción indebida” y este último admite la reglamentación de ese derecho, entre otras, por razones de “instrucción”.



**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Sostiene que las universidades no forman profesionales orientados específicamente para la función jurisdiccional, la que, debido a sus especiales características, requiere de una formación específica, que viene a ser justamente la prevista por la disposición impugnada.

La finalidad de la formación previa en la Academia es promover el acceso a la función judicial de profesionales que han obtenido una formación especializada, ello con la “finalidad última” de mejorar la administración de justicia.

Por otra parte, el cuestionado requisito no es discriminatorio si se atiende a que la Recomendación N.º 11 de la OIT, relativa a discriminación en materia de empleo y ocupación, establece que las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en calificaciones exigidas no son consideradas discriminatorias.

La Academia de la Magistratura, también en condición de Partícipe, postula las excepciones de falta de legitimidad para obrar y representación defectuosa de los demandantes, así como la excepción de cosa juzgada. Considera, además, que la demanda debe ser declarada infundada. Alega argumentos análogos al Congreso, pero enfatiza en que la constitucionalidad de la norma cuestionada se fundamenta sobre todo en la *voluntas legislatoris* del Constituyente plasmada en el artículo 151 de la Constitución, consistente en la exigencia de una formación previa para los aspirantes a la magistratura, y en que el propósito del PROFA es formar “abogados listos para acceder a la carrera judicial o fiscal” dotados de características necesarias para el ejercicio de la función jurisdiccional.

**V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES**

La controversia constitucional en el presente proceso plantea los siguientes problemas:

- ¿Detentan legitimidad para obrar los Colegios de Abogados demandantes?
- ¿Constituye cosa juzgada la sentencia que declaró infundada una demanda anterior contra la misma disposición impugnada?
- ¿Forma parte del ordenamiento constitucional el derecho de acceso a la función pública en igualdad de condiciones?
- ¿Es contrario al derecho de acceso a la función pública el requisito legal impugnado?
- ¿Es contrario al principio-derecho igualdad el requisito legal impugnado a la luz del principio de proporcionalidad?

**VI. FUNDAMENTOS**

**A. EXCEPCIONES PROPUESTAS**

**§1. LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LOS DEMANDANTES**





1. El Congreso ha propuesto la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante Colegio de Abogados de Arequipa al no haber adjuntado a la demanda el acuerdo de la Junta Directiva para interponer la demanda.
2. Aun cuando dicho documento no se adjuntó a la demanda, él fue presentado el 21 de setiembre de 2005 y obra en autos a fojas 92 y siguientes, luego de que la demanda fuera presentada el 17 de octubre de ese mismo año. Se advierte que el Acuerdo data del 5 de octubre de 2005; esto es, en fecha anterior al 21 de octubre en que fue presentada la demanda. Conforme a esto, se tiene que aun cuando la demanda no adjuntó el Acuerdo de la Junta Directiva, él preexistió a la fecha de la presentación de la demanda y dicha omisión fue subsanada antes del 28 de octubre de ese mismo año, fecha del correspondiente auto admisorio.
3. El Congreso ha propuesto la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima. Sostiene que, al no haber sido creado por Ley, se trata simplemente de una asociación de abogados y no de un colegio profesional cuya creación precisa de una Ley.
4. Sobre este extremo, el Tribunal ya ha afirmado con respecto a otra demanda de inconstitucionalidad interpuesta también por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, en la sentencia dictada en el Exp. N.º 0045-2004-PI/TC, confirmando, a su vez, el criterio ya establecido en su resolución de fecha 31 de marzo de 2005 (Fundamento N.º 3) recaída en el mismo expediente, que la “exigencia de ‘precisar la ley de creación del Colegio de Abogados demandante’, ‘no se configura como un impedimento de admisibilidad *nacido de la voluntad expresa del Código*’ Procesal Constitucional.” (Fundamento N.º 1, tercer párrafo).

## §2. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

5. El Congreso considera que la sentencia recaída en el Exp. N.º 0003-2001-AI/TC y N.º 0006-2001-AI/TC (acumulados), en la que se declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad contra la disposición impugnada en el presente proceso, ha configurado cosa juzgada que impide que ella sea examinada nuevamente. Afirma que la posible infracción del artículo 151º de la Constitución por la disposición impugnada ya fue analizada en el fundamento 3º de la citada sentencia en sentido desestimatorio y que, asimismo, la infracción del principio de igualdad (artículo 2, inciso 2, Constitución) ya fue examinada en el fundamento 6 de la citada sentencia, también en sentido desestimatorio.
6. El Tribunal Constitucional ha establecido en su doctrina que, a efectos de examinar cuándo un nuevo pronunciamiento puede afectar la cosa juzgada de una sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad ya expedida, anteriormente, por el mismo, corresponde examinar los límites de tal cosa juzgada. En tal sentido, se ha dicho que “(...) a efectos de examinar cuándo una nueva demanda de inconstitucionalidad afecta el límite objetivo de la cosa juzgada de la sentencia desestimatoria de inconstitucionalidad, se ha de analizar:
  - a) Si la *norma constitucional* que ha sido empleada como parámetro de juicio es la misma o es otra distinta.





- b) Si la *norma constitucional* parámetro de juicio ha variado en su sentido.
- c) Si la *norma legal impugnada*, objeto de control, ha variado en el sentido por el cual se dictó la sentencia desestimatoria.
- d) Si la conclusión a que conduce la aplicación de un principio interpretativo distinto es sustancialmente diferente a la que se aplicó en la sentencia desestimatoria.”<sup>1</sup>

Conforme se apreciará, en la presente sentencia no se afecta la cosa juzgada de la mencionada sentencia de inconstitucionalidad debido a que se producen los supuestos comprendidos en el supuesto a) y d). En efecto, en el presente caso la norma constitucional parámetro de juicio es otra, distinta a la empleada en la sentencia anterior (supuesto a)), asimismo, el principio interpretativo que ha de ser aplicado en el presente caso es diferente al que se aplicó en la sentencia anterior (supuesto d)).

**La sentencia recaída en el Exp. N.º 0003-2001-AI/TC y N.º 0006-2001-AI/TC**

- 7. La sentencia recaída en el Exp. N.º 0003-2001-AI/TC y N.º 0006-2001-AI/TC, de 13 de julio de 2001, declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad por la que se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 22, inciso c) de la Ley N.º 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. De la lectura de los Fundamentos de esta sentencia se advierte que en ella se examinó la constitucionalidad de la disposición impugnada con respecto a dos disposiciones de la Constitución: el artículo 151º y el artículo 2, inciso 2. Con respecto al artículo 151º en el Fundamento 3 de dicha sentencia y, con respecto al artículo 2, inciso 2, en los Fundamentos N.º 5 y 6.
- 8. En la sentencia glosada, el parámetro de juicio, esto es, las normas constitucionales a cuya luz se ha examinado la validez de la norma impugnada, ha sido el artículo 151º y el artículo 2, inciso 2, es decir, el principio de igualdad. En el presente proceso, el Tribunal Constitucional no ha de examinar la validez de la disposición impugnada con respecto a dichos dispositivos, sino con relación a un parámetro distinto: el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En tal sentido, en tanto el parámetro de juicio a emplearse en la presente sentencia es distinto al utilizado en la sentencia del Exp. N.º 0003-2001-AI/TC y N.º 0006-2001-AI/TC, se concluye que no se infringe el límite objetivo de la cosa juzgada.
- 9. A este respecto, el Congreso ha alegado que en la sentencia recaída en el Exp. N.º 0003-2001-AI/TC y N.º 0006-2001-AI/TC, también se habría empleado como parámetro de juicio el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Tal afirmación, empero, no es exacta.
- 10. En el Fundamento N.º 6 de la referida sentencia se menciona que:  
“La exigencia de ciertas calificaciones para ocupar un cargo público –de jueces y fiscales- por sí misma no constituye una afectación del inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, pues dicho precepto debe interpretarse,

<sup>1</sup> Auto del Tribunal Constitucional –Auto Admisorio de la demanda del presente proceso- de fecha 28 de octubre de 2005, Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Fundamento N.º 9.





tratándose del acceso al trabajo, y fundamentalmente del acceso a un cargo público, de acuerdo con la cláusula 1.2 de la Convención sobre la Discriminación de la Organización Internacional del Trabajo, por cuya virtud,

*‘las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminatorias’*

entendiéndose por los términos de ‘empleo’ y ‘ocupación’,

*‘...tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo’,*

según expresa el apartado 3 de la misma cláusula primera de la Convención antes referida.

Desde esta perspectiva, debe señalarse que si bien la imposición de tal condición coloca en una mejor posición a los que lo han seguido, tal tratamiento no carece de base objetiva, puesto que no obedece a ninguna de las circunstancias del artículo 2 de la Carta Magna.

La remisión efectuada al Convenio sobre la Discriminación, al constituir un tratado internacional en materia de derechos humanos que el Estado peruano ha ratificado mediante Decreto Ley N.º 17687, es una exigencia que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución impone como obligatoria, cada vez que se confronte una ley o norma con rango de ley con los derechos y libertades fundamentales reconocidas por la Ley Suprema del Estado. En consecuencia, ‘la acreditación de haber aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura’ no supone una afectación del derecho de igualdad, en tanto que se trata de una calificación cuya exigibilidad, en principio, se sustenta en la propia naturaleza del cargo de juez del Poder Judicial o de Fiscal del Ministerio Público al que postula.”

11. Esta sentencia analiza la infracción del principio de igualdad establecido en el artículo 2, inciso 2) de la Constitución. Aquí, ha sido el principio de igualdad el parámetro de juicio, mas no el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Como oportunamente se apreciará, este derecho es autónomo y diferente al de igualdad. Aunque relacionados, son muy diferentes los objetos de protección de cada uno de estos derechos. En un caso es la igualdad el bien protegido, en el otro, es el acceso a la función pública. El único vínculo del derecho de acceso a la función pública con el de igualdad es la exigencia de que tal acceso lo sea en condiciones de igualdad; pero este particular reforzamiento de este aspecto no puede llevar a confundir una parte del derecho con el objeto o bien protegido del mismo. La diferencia entre el derecho a la igualdad y el de acceso a la función pública se aborda con detenimiento en los fundamentos N.º 39 a 41 de la presente sentencia, a cuyo desarrollo debe aquí remitirse. Lo expuesto es suficiente para advertir que el derecho a la igualdad y el derecho de acceso a la función pública constituyen dos derechos con objetos de protección diferentes. Por esta razón, no es





admisible la afirmación de la demandada en el sentido de que el examen de la constitucionalidad de la norma impugnada a la luz del parámetro del derecho de igualdad implica que aquella ya ha sido examinada a la luz del parámetro del derecho de acceso a la función pública.

12. De la lectura de los Fundamentos de la citada sentencia se advierte que en ningún extremo de la misma se refiere al *derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad*. El único extremo donde menciona algo análogo es cuando se dice:

“La exigencia de ciertas calificaciones para ocupar un cargo público –de jueces y fiscales- por sí misma no constituye una afectación del inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, pues dicho precepto debe interpretarse, *tratándose del acceso al trabajo, y fundamentalmente del acceso a un cargo público*, de acuerdo con la cláusula 1.2 de la Convención sobre la Discriminación de la Organización Internacional del Trabajo, (...)”<sup>2</sup>.

13. Una primera diferencia es que la mención del “acceso a un cargo público” se efectúa sólo tangencialmente, sin considerar si se trata de un derecho constitucional o no. La cita de la *Convención sobre Discriminación* se efectúa con el objeto de afirmar que la exigencia de calificaciones para acceder a un trabajo, a un cargo público, no resulta contraria al derecho de igualdad. Sin embargo, resulta evidente que en dicha sentencia este “acceder al trabajo, al cargo público”, no se configura como un derecho constitucional, pues de haber sido tal el caso, el primer paso que hubiere dado habría sido fundamentar el por qué se emplea como parámetro de juicio un derecho no enunciado como tal en el texto de la Constitución. Sin embargo, ello no se efectuó. En definitiva, en la presente sentencia el parámetro es el acceso a la función pública en cuanto derecho constitucional, en aquella no lo es. No debe omitirse que la mención del “acceder al trabajo, al cargo público” se efectúa con motivo de la referencia que a ella hace la *Convención sobre Discriminación*, pero no con respecto al *derecho* de acceso, en cuyo caso, la referencia al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* serían indispensables.

14. Por otra parte, en la sentencia anterior se cita la *Convención sobre Discriminación* en el extremo que establece que “las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminatorias” con el objeto de sustentar su afirmación de que “La exigencia de ciertas calificaciones para ocupar un cargo público –de jueces y fiscales- por sí misma no constituye una afectación del inciso 2) del artículo 2 de la Constitución”. Sin embargo, el problema constitucional no reside en la admisibilidad o no del establecimiento de requisitos especiales para el acceso a una función pública, sino en dilucidar si tales requisitos se justifican constitucionalmente o no, lo cual exige examinar el cuestionado requisito bajo el principio de proporcionalidad. Esta operación no se ha efectuado en la sentencia anterior.

<sup>2</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 003-2001-AI/TC y Exp. N.º 006-2001-AI/TC (acumulados), Fundamento N.º 6, primer párrafo, cursiva añadida.





15. Cuando en la sentencia anterior el Tribunal examina la infracción del principio de igualdad, concluye en que tal infracción no tiene lugar dado que el requisito cuestionado “no carece de base objetiva, puesto que no obedece a ninguna de las circunstancias del artículo 2 de la Carta Magna.”<sup>3</sup> Como se aprecia, en la sentencia se concluye en la no infracción del derecho de igualdad debido a que el requisito impugnado no se halla ausente de base objetiva en tanto no se sustenta en ninguno de los motivos proscritos por la Constitución –es decir, origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica-. En síntesis, en la sentencia anterior, el requisito cuestionado no infringe el derecho a la igualdad porque (1) el establecimiento de requisitos especiales no es en sí mismo inconstitucional y (2) porque él no se sustenta en ninguno de los motivos proscritos por la Constitución.
16. En el presente caso no se analizará si el requisito cuestionado se sustenta o no en los motivos proscritos por la Constitución, sino el de si aquél es o no discriminatorio con respecto al derecho de acceso a la función pública, en atención al principio de proporcionalidad. La variación del método interpretativo puede generar un resultado diferente y tal supuesto, como se afirmó en el Auto Admisorio de la demanda en este proceso, es uno de los que se hallan fuera del límite objetivo de la cosa juzgada.
17. Entre la sentencia anterior y la presente hay un aspecto común: el problema de la discriminación, pero hay una diferencia respecto a la norma parámetro y al método interpretativo. En cuanto al parámetro, en la sentencia anterior el parámetro es el derecho a la igualdad y en la presente es el derecho de acceso a la función pública; en cuanto al método, en la sentencia anterior no se aplica el principio de proporcionalidad, en la presente sí.
18. En consecuencia, dado que en la presente sentencia el parámetro de control y el principio interpretativo empleados para examinar la constitucionalidad de la norma impugnada son distintos a los empleados en la sentencia anterior, se concluye que en la presente sentencia se respeta el límite objetivo de la cosa juzgada de la sentencia anterior, ello en observancia de la doctrina que a este respecto el Tribunal Constitucional desarrolló en el Auto Admisorio de la demanda<sup>4</sup>.

### §3. EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LOS PARTICIPES

19. La Academia de la Magistratura, en su condición de *Partícipe* del presente proceso, ha propuesto las excepciones de falta de legitimidad para obrar activa y de cosa juzgada, así como la excepción de representación defectuosa de los demandantes. Dado que las dos primeras excepciones ya fueron planteadas por la parte demandada, ha de considerarse como excepción propuesta por la Academia de la Magistratura únicamente la excepción de representación defectuosa de los demandantes.

<sup>3</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 003-2001-AI/TC y Exp. N.º 006-2001-AI/TC (acumulados), Fundamento N.º 6, penúltimo párrafo.

<sup>4</sup> Auto del Tribunal Constitucional –Auto Admisorio de la demanda del presente proceso- de fecha 28 de octubre de 2005, Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Fundamento N.º 9.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

20. Para este Tribunal, la razón y propósito de la intervención del *Partícipe* en el proceso de inconstitucionalidad es “enriquecer el proceso interpretativo en la controversia”<sup>5</sup> o “aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo”<sup>6</sup>. Por esta razón “es su intervención en la vista de la causa el momento estelar y trascendental de su actuación”<sup>7</sup>, pues de esta forma “el carácter democrático del proceso de inconstitucionalidad se pone de manifiesto, en una pluralidad de tesis interpretativas de la Constitución que se concretiza en un ámbito de *publicidad*: la Audiencia Pública. Así las cosas, el *Partícipe* tiene la oportunidad de exponer sus argumentos en la vista de la causa a modo de un ‘diálogo constitucional, democrático, plural y abierto’”<sup>8</sup>.
21. Esclarecida la naturaleza del *Partícipe*, ha de precisarse que él “es un *sujeto procesal* de proceso de inconstitucionalidad, pero no constituye parte”<sup>9</sup>. Por ello, incorporado en el proceso, él debe ser notificado de la demanda y de la contestación, pudiendo presentar informe escrito<sup>10</sup>, y, desde luego, deberá ser notificado para su intervención en la vista de la causa. “La intervención del *Partícipe* se circunscribe así estrictamente a los actos señalados, no pudiendo plantear nulidades o excepciones, pretensiones que sólo pueden proponerlas quienes detentan la condición de *Parte* en el proceso de inconstitucionalidad, mas no quienes intervienen en la condición de *Participes*.”<sup>11</sup>
22. En este orden de consideraciones, la excepción propuesta por la Academia de la Magistratura en su condición de *Partícipe* en el presente proceso debe ser declarada improcedente.

### B. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA IMPUGNADA

23. El análisis sobre la constitucionalidad de la norma impugnada requiere la determinación del parámetro de control, constituido en el caso por el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, y luego propiamente el análisis de la constitucionalidad de la norma impugnada a la luz de aquel derecho, debiéndose emplear para tal efecto el principio de proporcionalidad.

<sup>5</sup> Auto del Tribunal Constitucional de fecha 13 de febrero de 2006, en el Exp. N.º 0033-2005-PI/TC, Fundamento N.º 3.

<sup>6</sup> Auto del Tribunal Constitucional –Auto Admisorio de la demanda del presente proceso- de fecha 28 de octubre de 2005, Exp. N.º 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Fundamento N.º 23, 4º párrafo, *in fine*.

<sup>7</sup> Auto del Tribunal Constitucional de fecha 13 de febrero de 2006, en el Exp. N.º 0033-2005-PI/TC, Fundamento N.º 3.

<sup>8</sup> Auto del Tribunal Constitucional de fecha 19 de abril de 2006, en el Exp. N.º 0033-2005-PI/TC.

<sup>9</sup> Auto del Tribunal Constitucional de fecha 19 de abril de 2006, en el Exp. N.º 0033-2005-PI/TC, Fundamento N.º 5.

<sup>10</sup> Auto del Tribunal Constitucional de fecha 13 de febrero de 2006, en el Exp. N.º 0033-2005-PI/TC, Fundamento N.º 3.

<sup>11</sup> Auto del Tribunal Constitucional de fecha 19 de abril de 2006, en el Exp. N.º 0033-2005-PI/TC, Fundamento N.º 5.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**§1. EL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD**

24. Como es sabido, la Constitución no contiene enunciado en su catálogo de derechos el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. No obstante, este derecho conforma nuestro ordenamiento constitucional y, concretamente, el sistema de derechos constitucionales, porque está reconocido por el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* de los que el Estado peruano es parte.

**§1.1 Tratados internacionales sobre derechos humanos y su rango constitucional**

25. Los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte integran el ordenamiento jurídico. En efecto, conforme al artículo 55° de la Constitución, los “tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.” En tal sentido, el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y, por tal razón, este Tribunal ha afirmado que los tratados que lo conforman y a los que pertenece el Estado peruano, “son Derecho válido, eficaz y, en consecuencia, *inmediatamente aplicable* al interior del Estado”<sup>12</sup>. Esto significa en un plano más concreto que los derechos humanos enunciados en los tratados que conforman nuestro ordenamiento vinculan a los poderes públicos y, dentro de ellos, ciertamente, al legislador.
26. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las “normas con rango constitucional” se encuentran los “Tratados de derechos humanos”<sup>13</sup>.
27. La Constitución vigente no contiene una disposición parecida al artículo 105° de la Constitución de 1979, en la cual se reconocía jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos; sin embargo, a la misma conclusión puede arribarse desde una interpretación sistemática de algunas de sus disposiciones.
28. Por un lado, la Constitución, en el artículo 3°, acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales. En efecto, según esta disposición:  
“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”
29. Conforme a esta disposición el catálogo de derechos constitucionales no excluye “otros de naturaleza análoga” o que “se fundan” en determinados principios fundamentales del ordenamiento constitucional. Es decir, existe otro conjunto de *derechos constitucionales* que está comprendido tanto por “derechos de naturaleza análoga” como por los que se infieren de los principios fundamentales.
30. Los “derechos de naturaleza análoga” pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico.

<sup>12</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, fundamento N.º 22, cursiva añadida.

<sup>13</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 047-2004-AI/TC, de 24 de abril de 2006, fundamento N.º 61.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	
OTDA	
FOJAS	314

Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten “naturaleza análoga” a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza “constitucional”.

31. Por otro lado, el artículo 57, segundo párrafo, establece que “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.” Esta norma regula la fuente constitucional de producción, admisión y/o control de los tratados en la medida que de afectar la Constitución por el fondo se establece una forma agravada de su incorporación al orden jurídico nacional, siguiendo el proceso de la reforma constitucional. Si bien todo tratado que verse sobre materia constitucional no significa una afectación constitucional, por cuanto podría solamente complementarla o desarrollarla, en cambio se deriva de dicha norma suprema la constitucionalización de determinados tratados internacionales. Dentro de ellas es fácilmente reconocible los tratados de derechos humanos establecidos analógicamente en el artículo 3º y reforzados en su ejecución en la Cuarta Disposición Final y Transitoria.
32. En consecuencia, debe descartarse la tesis según la cual los tratados internacionales sobre derechos humanos detentan jerarquía de ley debido a que la Constitución, al haber enumerado las normas objeto de control a través de la “acción de inconstitucionalidad” (artículo 200, inciso 4), ha adjudicado jerarquía de ley a los tratados en general. Tal argumento debe ser desestimado debido a que dicha enumeración tiene como único efecto el enunciar las normas que constituyen objeto de control a través de la “acción” de inconstitucionalidad.
33. Si conforme a lo anterior, los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional, debe concluirse que dichos tratados detentan rango constitucional. El rango constitucional que detentan trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, *fuerza activa*, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su *fuerza pasiva* trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre





derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos.

34. El que los tratados sobre derechos humanos detenten rango constitucional no implica sustraerlos en cuanto objeto de control del proceso de inconstitucionalidad. El rango constitucional de una norma no es óbice para que, de ser el caso, tales sean objeto de control a través del mencionado proceso. Tal es el caso de las normas de reforma constitucional tal como este Tribunal ya ha tenido ocasión de esclarecer<sup>14</sup>. La jerarquía constitucional de una Ley de Reforma Constitucional no lo sustrae en cuanto objeto de control de constitucionalidad. Del mismo modo, el rango constitucional de un tratado internacional, como el caso de un tratado sobre derechos humanos, no lo sustrae del control de constitucionalidad, tanto en cuanto al fondo como respecto a la forma. Esto es válido también para el caso de los tratados que han sido incorporados a través del procedimiento de reforma constitucional (Art. 57, 2º párrafo).

#### §1.2 Su condición de derecho constitucional en el ordenamiento jurídico peruano

35. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* conforman el ordenamiento jurídico peruano. Tanto uno y otro reconocen el derecho de acceso a la función pública en igualdad de condiciones.
36. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* establece en el artículo 25, inciso c):

“Artículo 25

“Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

(...)

“c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

En la parte que concierne, el mencionado artículo 2º establece el compromiso de los Estados partes del Pacto de garantizar los derechos reconocidos sin distinción de “raza, color, sexo, idioma, religión opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social.”

37. Por su parte, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* en el artículo 23, numeral 1, literal c), establece que:

“Artículo 23. Derechos Políticos

“1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

(...)

<sup>14</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 050-2004-AI/TC y otros (acumulados), Fundamentos N.º 1 a 5.



c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

“2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

### §1.3 Contenido o ámbito de protección

38. En una primera aproximación, el contenido de este derecho puede desmembrarse como sigue: a) acceso a la función pública, b) condiciones de igualdad en el acceso. Por un lado, se reconoce en cuanto derecho subjetivo el acceso a la función pública, esto es, la facultad de incorporarse a la función pública por parte de cualquier ciudadano. Se trata aquí del bien jurídico como objeto de protección (*acceso a la función pública*). Por otro, en cambio, se establece una exigencia particular del acceso: la igualdad de condiciones.

39. Cabe advertir que el ámbito de protección o contenido de este derecho fundamental no se reduce a la exigencia de condiciones iguales en el acceso a la función pública; el acceso a la función representa en sí mismo el bien jurídico protegido por este derecho fundamental. El derecho-principio de igualdad enunciado en el art. 2, inc. 2) de la Constitución establece una prohibición de discriminación que implica que ningún grupo destinatarios de la norma se vean excluidos del ejercicio o goce de un derecho fundamental, constitucional, legal, frente a otro grupo al que, por el contrario, sí se le permita. Desde esta perspectiva, todo derecho cuyo contenido protegido sea la participación o el acceso a un bien, respecto del cual un grupo resulte excluido, trae consigo el problema de si acaso tal exclusión resulte o no discriminatoria. Desde una perspectiva general, puede afirmarse que, *prima facie*, tal problema se plantea con los *derechos de participación* y los *derechos de protección*, entendidos aquí, en sentido restringido, como derechos sociales, económicos y culturales. Esta constatación permite advertir que todo derecho de participación y de protección lleva anexa una prohibición de discriminación que se deriva del art. 2, inc. 2) de la Constitución o, si se prefiere, a la inversa, que *la prohibición de discriminación se proyecta horizontalmente sobre todos los derechos de participación y los derechos de protección*.

40. Si esto es así, habría que concluir que el mandato de igualdad en el derecho de acceso a la función pública es una proyección específica del enunciado en el art. 2, inc. 2) de la Constitución. Tal ha sido justamente la interpretación del acceso a la función pública enunciado en el art. 33, numeral 2 de la Ley Fundamental<sup>15</sup> y en el

<sup>15</sup> Sobre el art. 33.2 –acceso igual a la función pública– de la *Ley Fundamental*, como derecho especial de igualdad, frente al principio general de igualdad del art. 3.1. Vid. Hesse, Konrad *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, 20. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 1995, p. 188.





- art. 51 de la Constitución italiana<sup>16</sup>. Ahora bien, se trata de una proyección pero justamente sobre un derecho en particular: el derecho de acceso a la función pública.
41. Sin embargo, ello no debe conducir a omitir que el derecho de acceso a la función pública detenta un bien jurídico autónomo de protección: el acceso a la función pública, la participación en la función pública. La igualdad de las condiciones del acceso representa, así, sólo un contenido, una *parte*, mas no el *todo*, de este derecho fundamental.
42. Para entender el contenido de este derecho ha menester esclarecer su naturaleza<sup>17</sup>. El derecho de acceso a la función pública constituye un *derecho de participación*. Constituye así manifestación del *status activae civitatis*. No se trata de un derecho de defensa o de libertad, tampoco se trata de un derecho de protección o de prestación porque no posibilita el acceso a bienes protegidos por los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho de acceso a la función pública pertenece al ámbito de derechos que implican una intervención en la *cosa pública* de las personas en tanto miembros de una comunidad política. En tal sentido, el bien protegido por este derecho fundamental es la intervención o participación en la función pública. Por ello, el contenido por antonomasia de este derecho es la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, esto es, en el ejercicio de una función pública.
43. Este Tribunal entiende que los contenidos de este derecho son los siguientes:
- Acceder o ingresar a la función pública.
  - Ejercerla plenamente.
  - Ascender en la función pública.
  - Condiciones iguales de acceso.
44. La razón por la que este derecho comprende también el ejercicio pleno y sin perturbación de la función pública y el ascenso en ella es que, siendo la participación en la función pública el bien protegido de este derecho, el menoscabo, restricción o limitación ilegítima del pleno desenvolvimiento de la función pública o del ascenso en la misma, pueden conducir a una afectación del bien protegido por este derecho. La participación en la función pública tiene que ser entendida como un bien cuya concretización debe desarrollarse en toda su magnitud, es decir, con todas las implicancias que su pleno desarrollo lo exija. Ello se debe a que los derechos fundamentales deben ser comprendidos como *mandatos de optimización*, lo cual

<sup>16</sup> V. por ejemplo la sentencia de la Corte Constitucional italiana: *Sentenza* 166/1972, Fundamento N.º 2, último párrafo.

<sup>17</sup> Sobre este derecho V. Terranova, Salvatore "Funzionario (diritto pubblico)", en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1969, Vol. XVIII, pp. 280 y ss.; Giannini, Máximo Severo "Impiego pubblico (profili storici e teorici)", en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Milano, 1970, Vol. XX, pp. 293 y ss.; García Torres, J. "Derecho de acceso a los cargos públicos", en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Edit. Civitas, Madrid, 1995, Vol. II, pp. 2208 y ss.; Pulido Quecedo, Manuel *El acceso a los cargos y funciones públicas*, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1992; García-Trevijano Garnica, Ernesto. "Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública", en *Revista de Administración Pública*, Núm. 121, 1990, pp. 247 y ss; Pulido Quecedo, Manuel "Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 10, Núm. 30, Madrid, 1990, pp. 161 y ss.



significa, precisamente, que su contenido protegido alcanza a todos los aspectos que contribuyen a un mayor grado de realización del bien jurídico que protege.

45. El acceso a la función pública, en cuanto derecho constitucional, vincula a los poderes públicos. Por una parte, respecto al legislador, la *vinculación negativa* le prohíbe afectar el contenido del derecho en su labor de configuración, delimitación y limitación de este derecho; por otra, la *vinculación positiva* le impone un mandato de desarrollar normas y procedimientos orientados a su pleno ejercicio. Respecto a la administración y los jueces, lo anterior tiene como consecuencia que, tratándose de un derecho constitucional, se da la apertura de la vía judicial correspondiente para su correspondiente protección.

### §1.3.1 Acceso a la función pública

46. En cuanto al *acceso* a la función pública, cabe señalar que el contenido de este derecho no comprende ingresar sin más al ejercicio de la función pública. El Tribunal Constitucional alemán ha dicho al respecto que este derecho “no garantiza una pretensión a ser admitido en una función pública”<sup>18</sup>. Él garantiza la participación en la función pública, pero de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado, requisitos cuya validez está condicionada a su constitucionalidad.
47. El ejercicio de una función pública está condicionado a los requisitos que el legislador ha establecido. Se trata, como señala el Tribunal Constitucional alemán, de que el acceso a la función pública “puede ser restringido en especial por *requisitos subjetivos de admisión*, cuyo cumplimiento depende de la capacidad laboral de la persona del aspirante, y por *requisitos objetivos de admisión*, los cuales, prescindiendo de la capacidad laboral del postulante, aparecen necesarios por razones obligatorias de interés público (*Gemeinwohl*).”<sup>19</sup> Tal restricción, empero, habrá de respetar los derechos fundamentales<sup>20</sup>.
48. Cabe señalar que el acceso a la *función pública no representativa* está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición. En el Estado Constitucional de derecho, tal como se halla configurado el Estado peruano, es el principio basilar que ha de regir la regulación de las condiciones de acceso a la función pública.
49. A este respecto, resulta pertinente citar el artículo 6° de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de Francia, de agosto de 1789, según el cual:

“(…) Tous les Citoyens (...) sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.”

Esto es:

<sup>18</sup> BVerfGE 39, 334 (p. 354), “Caso de los Extremistas” (*Extremistenbeschluss*). Sentencia de 22 de mayo de 1975, expedida por la Segunda Sala.

<sup>19</sup> BVerfGE 39, 334 (p. 370), cursiva añadida.

<sup>20</sup> BVerfGE 108, 282 (p. 296), Sentencia de 24 de setiembre de 2003, expedida por la Segunda Sala.





“(…) Todos los ciudadanos (…) son igualmente admisibles a toda dignidad, cargo o empleo público, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y de sus talentos.”

Según esto, desde los albores del derecho de acceso a la función pública, ha sido un principio consustancial a este derecho, diríase un *límite inmanente* o *interno*, que el mérito es el único criterio selectivo para acceder a la función pública. El Consejo Constitucional francés, interpretando esta disposición, ha sostenido “(…) que se deriva de estas disposiciones, (…) en primer lugar, que no se tengan en cuenta sino capacidades, virtudes y talentos; en segundo lugar, que las capacidades, virtudes y talentos así tomados en cuenta estén en relación con las funciones (…)”<sup>21</sup>. Esto sin perjuicio de “tener en cuenta tanto la variedad de los méritos a tomar en consideración como los de la necesidad del servicio público.”<sup>22</sup>

La Ley Fundamental alemana de 1949 establece en su artículo 33, numeral 2:

“Todo alemán tiene igual acceso a toda función pública según su aptitud, capacidad y competencia profesional.”

El Tribunal Constitucional alemán ha interpretado esta norma en el sentido que ella “(…) vincula la admisión de los postulantes a una función pública a *exigencias especiales de aptitud* y exige su igual tratamiento. Idóneo en el sentido del art. 33, párrafo 2, es sólo quien está preparado a la función pública en condiciones físicas, psíquicas y de carácter. Pertenecen a ellas la capacidad y la disposición interna a efectuar las funciones administrativas conforme a los principios de la Constitución, en especial garantizar los derechos de libertad del ciudadano y observar las reglas del Estado de Derecho (…)”<sup>23</sup>

50. En resumen, el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.

51. El concepto “función pública” en este derecho comprende dos tipos de función que suele distinguirse: la función pública representativa y la función pública no representativa<sup>24</sup>. La función pública representativa está formada por funciones de

<sup>21</sup> *Décision* N.º 98-396, de 14 de febrero de 1998, tercer párrafo de los Considerandos.

<sup>22</sup> *Décision* N.º 82-153, de 14 de junio de 1983, tercer párrafo de los Considerandos.

<sup>23</sup> BVerfGE 92, 140 (p. 151), Caso “Despido especial” (*Sonderkündigung*). Sentencia de 21 de febrero de 1995, expedida por la Primera Sala, cursiva añadida. También: BVerfGE 96, 152 (p. 163); BVerfGE 96, 189 (p. 198)

<sup>24</sup> Pulido Quecedo, Manuel *El acceso a los cargos y funciones públicas*, cit., pp. 71 y sgte. 177, 351 y ss.



representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada. La función pública representativa –a la que se designa específicamente como “cargo”- ya se encuentra comprendida en nuestro ordenamiento de alguna forma en el derecho a ser elegido (art. 31º, Const.), es decir, en el denominado derecho de sufragio pasivo. No obstante, ello no es óbice para que el derecho de acceso a la función pública comprenda también este tipo de función pública. Como ejemplos típicos de él se encuentran los cargos políticos desde las más altas magistraturas, como las de congresista o la de Presidente de la República, hasta las de alcalde o regidor de las municipalidades. En el caso de la función pública no representativa, son ejemplos típicos los servidores públicos de la administración, estatal, regional, o municipal, y desde luego, los de los poderes del Estado y, en general, de toda entidad pública. Tanto la función pública representativa como la no representativa deben ser interpretados de la manera más amplia posible.

52. Una interpretación *constitucionalmente adecuada* del concepto “función pública” exige entenderlo de manera amplia, esto es, desde el punto de vista material como el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado. La determinación de este aspecto ha de efectuarse casuísticamente. No obstante, en vía de principio, pueden ser considerados como tales cargos el de los servidores públicos, en general, de conformidad con la Ley de la materia, de los profesores universitarios, los profesores de los distintos niveles de formación escolar preuniversitaria, servidores de la salud, servidores del cuerpo diplomático y, ciertamente, jueces y fiscales.

### §1.3.2 Las condiciones iguales de acceso

53. El acceso a la función pública debe estar regulado. La previsión de una función pública por parte de cualquier norma del ordenamiento jurídico trae consigo la configuración del bien jurídico que es objeto de este derecho fundamental. Ahora bien, los requisitos y procedimientos para acceder a la función pública constituyen precisamente las “condiciones” a las que se aluden.
54. Las condiciones para acceder han de ser iguales. Se configura un mandato de igualdad en la determinación de las condiciones, lo que significa, correspondientemente, la institución de una prohibición de discriminación. Así, *condiciones iguales* significa *condiciones no discriminatorias*.
55. El acceso en igualdad de condiciones implica, en principio, la lectura sistemática de la exclusión de motivos constitucionalmente prohibidos de discriminación impuesta por el derecho-principio de igualdad (art. 2, inc. 2 de la Constitución). Con ello, ha de concluirse que la igualdad de condiciones supone una prohibición de establecer discriminaciones en motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, o de “cualquier otra índole”. De esta forma, *prima facie*, ninguno de estos motivos podrían ser considerados razones para el establecimiento de un requisito o procedimiento para el acceso a la función pública.

### §1.4 La infracción de este derecho





56. El derecho de acceso a la función pública no se infringe sólo teniendo como parámetro la igualdad, él puede ser lesionado directamente, por ejemplo, en los supuestos en que no se expide una norma que regula el acceso a una determinada función (imputable al legislador), o en los supuestos donde habiendo la norma de acceso a la función pública, la entidad administrativa que tiene la competencia de implementarla y, así, convocar al ejercicio de la función pública, es renuente al cumplimiento de tal convocatoria sin fundamento alguno. La lesión se configura aquí en que no obstante existir legalmente la función pública, la autoridad no la convoca; el supuesto es aquí: dado una función pública prevista legal o constitucionalmente, ergo, hay un derecho a acceder a él, se trata de un derecho fundamental. Aquí el parámetro no es en absoluto la igualdad en el acceso; sino el acceso en sí mismo.
57. El establecimiento de requisitos para el acceso representan una forma de intervención en el derecho de acceso; ahora bien, los requisitos que no superen el examen del principio de proporcionalidad resultarán también inconstitucionales. Ello sucede, por ejemplo, con el establecimiento de requisitos que carecen de vinculación alguna con la función pública a realizarse, pues en tal caso se estaría ante una medida inidónea o inadecuada y, por lo tanto, inconstitucional.
58. En los supuestos donde las condiciones de acceso son cuestionadas por infringir el mandato de igualdad, ellas han de ser examinadas de conformidad con el principio de proporcionalidad. Tal como este Tribunal Constitucional ya dejó establecido en sentencia reciente<sup>25</sup>, para determinar si una norma ha infringido el derecho-principio de igualdad ha de emplearse el principio de proporcionalidad. En la medida que el problema reside en determinar si las condiciones de acceso a la función pública son o no contrarias al mandato de igualdad de tales condiciones, el principio que ha de emplearse para examinarlo será también el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva, se trata de examinar a la luz de este principio las correspondientes normas que establecen requisitos, procedimientos y factores de valoración de las aptitudes de los postulantes, para acceder a una función pública.

## §2. ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA EN CONDICIONES DE IGUALDAD

### §2.1 Planteamiento del problema

59. El cargo de magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, juez o fiscal, hace parte de la “función pública”; por lo tanto, en los supuestos como el caso donde se examina el acceso al cargo de Juez o de Fiscal, se halla en debate el derecho de acceso a la función de la magistratura.
60. La disposición cuya inconstitucionalidad se demanda establece:  
“Artículo 22.- El nombramiento de Jueces y Fiscales se sujeta a las siguientes normas: (...)”

<sup>25</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 0045-2004-PI/TC, Fundamentos N.º 31 y 32.



“c) Para ser considerado *candidato* y *someterse al respectivo concurso*, los postulantes deberán acreditar haber aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura.”

61. Conforme a esta disposición, se tiene como presupuesto que el nombramiento de magistrados (jueces y fiscales) esta precedido de un “concurso”. Ahora, el postulante que pretende intervenir o, como dice la norma, que desea “someterse al respectivo concurso”, debe acreditar “haber aprobado satisfactoriamente” el programa de formación académica impartido por la Academia de la Magistratura. En síntesis, la norma impugnada establece como requisito para postular a la función pública de magistrado (juez o fiscal) la aprobación del programa de formación académica (PROFA).
62. La alusión al “cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público” comprende los diversos niveles de la carrera judicial o del desempeño de la magistratura en el Ministerio Público. En el primer caso, se comprende el de Juez, Vocales Superior y el de Vocal Supremo; en el segundo, se tiene el de Fiscal Provincial, Fiscal Superior y el de Fiscal Supremo.
63. Debe advertirse sobre un aspecto sutil de relevancia en el caso. El Tribunal no examina si los destinatarios del PROFA deben ser los postulantes a todos los grados de la magistratura o sólo algunos de ellos. Lo que se plantea como debate es si la exigencia del PROFA, como tal, para intervenir en el concurso de selección de magistrados, es constitucional o no.
64. Ahora bien, ¿es contrario a la igualdad de condiciones en el acceso a la función pública de juez o fiscal el requisito de la aprobación previa del programa de formación académica (PROFA)?

## §2.2 Análisis bajo el principio de proporcionalidad

65. Como ya se tuvo ocasión de explicitar en sentencia anterior<sup>26</sup>, el análisis de la norma impugnada bajo el principio de proporcionalidad debe efectuarse realizando los siguientes pasos:

- a) Determinación del tratamiento legislativo diferente: la *intervención* en la prohibición de discriminación.
- b) Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- c) Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- d) Examen de idoneidad.
- e) Examen de necesidad.
- f) Examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.”

### §2.2.1 LA INTERVENCIÓN EN LA IGUALDAD

<sup>26</sup> Exp. N.1 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 33.





66. “La intervención en la igualdad consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, *prima facie*, aparece como contraria a la prohibición de discriminación.”<sup>27</sup> En este contexto, el tratamiento diferente constituye el medio por el cual el legislador pretende alcanzar una finalidad. Esto implica determinar por separado dos aspectos: los *destinatarios de la norma* y el *tratamiento diferente*.
67. La introducción del tratamiento diferente por la norma impugnada da lugar a la configuración de dos grupos de *destinatarios de la norma*: abogados que han aprobado el PROFA y abogados que carecen de tal requisito. Designaremos al primero como *Grupo A* (con PROFA) y, al segundo, como *Grupo B* (sin PROFA).
68. El *tratamiento diferente* consiste en el establecimiento de un requisito para la postulación a la función de magistrado (juez o fiscal), requisito cuya introducción trae consigo que sólo los abogados del *Grupo A* pueden postular a la función pública de magistrado (juez o fiscal), mientras que, por el contrario, los del *Grupo B* no pueden efectuarlo.
69. La intervención se produce aquí sobre el derecho de acceso a la función pública. Es decir, el tratamiento diferente –la introducción del requisito cuestionado– ocasiona que las personas del *Grupo B* no pueden ejercer el derecho de acceso a la función pública, mientras que las personas del *Grupo A* sí pueden efectuarlo. La intervención se produce en la imposibilidad de intervenir o participar en el concurso para acceder a la función de magistrado (juez o fiscal) como consecuencia del citado requisito.

### §2.2.2 LA INTENSIDAD DE LA INTERVENCIÓN

70. La intensidad de la intervención en la igualdad de condiciones del acceso a la función pública puede también representarse en tres niveles, tal como tal como este Tribunal ha representado la intensidad de la intervención del derecho-principio de igualdad<sup>28</sup>. Desde tal perspectiva, la intervención en la igualdad de condiciones puede revestir tres niveles:
- Intensidad grave.
  - Intensidad media.
  - Intensidad leve.
71. La intervención en el mandato de igualdad de condiciones en el acceso a la función pública, puede ser calificada como una intervención de intensidad grave debido a que incide en un derecho constitucional. A diferencia de la intervención en el derecho-principio igualdad enunciado en el art. 2, inc. 2) de la Constitución donde ella puede ser grave, media o leve, la intervención en el mandato de igualdad en el acceso a la función pública representará, siempre, por definición, una intervención de intensidad grave. En la intervención en el mandato de igualdad de condiciones de acceso a la función pública no hay intervenciones de intensidad media, ni de intensidad leve; en consecuencia, tal intervención será siempre de intensidad grave.

<sup>27</sup> Exp. N.1 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 34.

<sup>28</sup> Exp. N.1 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 35.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

72. Ahora bien, una intervención –grave- puede ser, a su vez, de dos tipos. El primero se tiene cuando la intervención se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la Constitución (“origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica”), como el caso de condiciones que refieren directa o indirectamente al origen, raza o religión. El otro supuesto tiene lugar cuando las condiciones de acceso a la función pública se sustentan en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución.
73. En el presente caso, el requisito de aprobación del PROFA representa una intervención de *intensidad grave* sustentada en motivos distintos a los proscritos por la Constitución.

§2.2.3 LA FINALIDAD DEL TRATAMIENTO DIFERENTE

74. La finalidad del tratamiento es una variable compleja que comprende dos aspectos: objetivo y fin. “El *objetivo* es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La *finalidad* o *fin* viene a ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica *normativamente* la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.”<sup>29</sup>
75. En el Proyecto de Ley donde se incorpora la disposición cuestionada no se advierte ninguna consideración respecto a la finalidad de la intervención<sup>30</sup>; por lo tanto, para la detección de tal variable habrá de acudirse a la argumentación del Congreso.

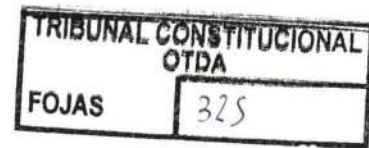
**El objetivo**

76. El Congreso ha sostenido que la “finalidad” del requisito cuestionado “(...) es optimizar y promover las mejores condiciones para la elección de los jueces y fiscales, y procurar garantizar el acceso a dichos cargos por quienes se encuentren debidamente preparados para desempeñarse en la carrera judicial”. Añade que “(...) si los jueces y fiscales no estuviesen instruidos y no fuesen especialistas en temas de función jurisdiccional no podrían ejercer dichos cargos en forma idónea”. Sostiene que, en resumen, la finalidad de la norma impugnada es que los aspirantes a la magistratura “(...) estén adecuadamente capacitados para cumplir sus funciones” (fojas 165), “Nada de esto se promovería si es que no se exige el requisito del adiestramiento proporcionado por el órgano especializado: la Academia de la Magistratura.”. En definitiva, la finalidad de la norma cuestionada es “(...) garantizar que los jueces y fiscales desempeñen sus (...) cargos de manera idónea” (fojas 166), procurar la “elección de jueces y fiscales idóneos para el ejercicio de dichos cargos” (fojas 170 y 168).
77. Por su parte, el Consejo Nacional de la Magistratura, en condición de Partícipe, ha sostenido que la finalidad de la formación previa en la Academia es promover el acceso a la función judicial de profesionales que han obtenido una “formación especializada”, ello con la “finalidad última” de mejorar la administración de justicia.

<sup>29</sup> Exp. N.1 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 37.

<sup>30</sup> Cfr. Proyecto de Ley N.º 685/2000-CR, en: “Expediente Público de la Ley N.º 27368”.





## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

78. El objetivo pretendido por el legislador constituye, entonces, la conformación de un estado de cosas: la *conformación de magistrados (jueces y fiscales) idóneos*. Ciertamente, la idoneidad del ejercicio de la función de magistrado viene a ser un valor suma a cuya concretización han de contribuir diversos factores: *especialización* en la función de magistrado, *adiestramiento práctico* en el ejercicio de las funciones inherentes a la función, *formación personal*. En tal sentido, la formación del postulante en el programa de formación profesional, en tanto garantiza la especialización, adiestramiento práctico y formación del magistrado, implican o significan una *magistratura idónea*.

### La finalidad

79. Como se dijo, la *finalidad* del tratamiento diferenciado viene a ser el principio, valor o derecho constitucional, en cuya prosecución se justifica el *objetivo* de la intervención. De los alegatos del Congreso se advierte que tal variable puede ser identificada en el principio constitucional de idoneidad de la administración de justicia.

80. El Congreso ha sostenido que la pretensión de la conformación de jueces y fiscales “debidamente preparados” se justifica en que de ese modo ejerzan la carrera judicial “con pleno respeto y cumplimiento de las garantías establecidas por la Constitución, principalmente, el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva”, “para llevar a cabo los fines constitucionales del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva” (fojas 165).

81. La argumentación del Congreso justifica el establecimiento del requisito cuestionado en que resulta una exigencia derivada del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. Lo que se quiere expresar es, en realidad, que la plena concretización de estos derechos implica una óptima calidad de la tutela jurisdiccional. Ciertamente, el principio “calidad óptima de la tutela jurisdiccional” implica o exige diversos principios que se proyectan sobre diversos ámbitos (logísticos, institucionales y humanos). Tratándose del aspecto humano, la calidad se entiende referida al principio de *idoneidad* de los magistrados.

82. Como ya se tuvo ocasión de expresarlo en anterior sentencia<sup>31</sup>, la idoneidad de la magistratura constituye un principio implícito de nuestro ordenamiento constitucional. Tal carácter implícito “se deriva de que él es inherente al derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139°, inciso 3, Const.) y a la potestad de administrar justicia encomendada al Poder Judicial (artículo 138°, 1er párrafo). En efecto, el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo significa el acceso a la protección jurisdiccional, sino además a una calidad óptima de ésta, condición que, entre otros aspectos, presupone, como elemento fundamental, la idoneidad de la magistratura”. Desde el aspecto objetivo, la potestad de administrar justicia, la función jurisdiccional, tiene como elemento básico la idoneidad de jueces y de otros funcionarios, como el caso de Fiscales, que colaboran desde sus respectivas atribuciones, en el ejercicio de la función jurisdiccional.

<sup>31</sup> Exp. N.º 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 53, tercer párrafo.





83. La detección de una finalidad constitucional en la intervención en el mandato de igualdad analizada permite advertir que ella se sustenta en una razón que la justifica; es decir, la intervención en la igualdad de condiciones en el acceso a la función pública se justifica en un principio constitucional.
84. Sintetizando lo anterior se tiene que, en el caso, el *objetivo* de la intervención ha sido la conformación de magistratura idónea, mientras que la *finalidad* ha sido el principio constitucional de idoneidad de la administración de justicia.

#### §2.2.4 EXAMEN DE LA IDONEIDAD DEL TRATAMIENTO DIFERENTE

85. Establecidos el objetivo y la finalidad de la intervención, corresponde ahora examinar la idoneidad o adecuación de la misma. ¿Conduce el requisito del PROFA a la conformación de una *magistratura* (jueces y fiscales) *idónea*? En otros términos: ¿es la *intervención* introducida por el legislador un medio adecuado para la prosecución del *objetivo* propuesto?
86. No cabe duda que la formación especializada del futuro magistrado conduce a la conformación de una magistratura idónea. Precisamente, un medio contemporáneo para la formación de profesionales en derecho que han de ejercer la magistratura – judicial o fiscal- es la formación especializada en centros específicos para tal propósito, como el propio derecho comparado lo evidencia, tal como el caso de la Escuelas Judiciales, Institutos de la Judicatura, Academias Judiciales. Al margen de las particularidades de cada uno de estos sistemas, es claro que tienen un rasgo y propósito común. El rasgo es que a través de este tipo de centros se imparte cursos de *formación especializada* para quienes han de ejercer la magistratura o, mejor expresado aún, se trata de *escuelas de formación de magistrados*; el propósito común es proveer *magistrados de profesión* con elevada idoneidad. El entendimiento de la magistratura como un “cuerpo profesional” constituye así un presupuesto de la concepción de las escuelas judiciales<sup>32</sup>. En este orden de consideraciones, puede concluirse en que la formación especializada de profesionales que han de ejercer la magistratura es una medida adecuada para la conformación de una magistratura idónea.
87. En este contexto puede concluirse en que la exigencia de la aprobación del PROFA extendido por la Academia de la Magistratura es conducente a la consecución de una magistratura idónea. Es decir, ello posibilita que sean nombrados como magistrados abogados con formación especializada y de elevado nivel para la magistratura y, de esa forma, se pueda conformar una magistratura *idónea*. Si se exige la aprobación del PROFA como requisito para la postulación al concurso para la magistratura, los abogados que sean nombrados magistrados serán magistrados idóneos. Es decir, el requisito del PROFA constituye un medio adecuado para la conformación de una magistratura idónea.

<sup>32</sup> Sagüés, Néstor Pedro *Reforma judicial. Los sistemas de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado*, Edit. Astrea, Bs.As., 1978, p. 73.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

88. Ahora bien, no puede omitirse que si bien, en vía de principio, la formación especializada del futuro magistrado conduce a la conformación de una magistratura idónea, el mayor o menor éxito de tal cometido depende en gran medida del nivel de la formación que en concreto preste la Academia de la Magistratura. Esto significa que la plena satisfacción del vínculo de idoneidad está supeditado en gran medida al nivel y características de la preparación que en ella se provea. Esta variable es importante, ya que si la formación no fuera del nivel requerido, no podría afirmarse que el PROFA sea un medio adecuado para la conformación de una magistratura idónea.
89. Este matiz sobre la idoneidad del PROFA no enerva que él represente, en principio, una medida idónea; sin embargo, tal matiz permite advertir que en el caso el nexo entre medio y fin no es *absoluto*, sino más bien *relativo*, condicionado a las características y nivel del PROFA. Dicho en otros términos, la idoneidad del PROFA no depende sólo de su exigencia, de su condición de requisito en sí mismo, sino del nivel y características de la formación que provea.

§2.2.5 EXAMEN DE LA NECESIDAD DEL TRATAMIENTO DIFERENTE

90. Superado el test de idoneidad, corresponde examinar la intervención a la luz del test de necesidad. “El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- *no intervienen* en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su *finalidad*. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado”.<sup>33</sup>
91. Planteado en otros términos: “Conforme se precisó, dos aspectos han de analizarse bajo este principio: a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización el objetivo y, b), si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la del cuestionado.”<sup>34</sup>
92. Los medios alternativos. La realización del objetivo puede ser efectuado también a través medios hipotéticos alternativos. El objetivo de conformación de una magistratura idónea puede alcanzarse proveyendo formación especializada a través del programa de formación académica a abogados antes de iniciar el ejercicio de la magistratura. En tal supuesto, el concurso para el ingreso a la magistratura queda abierto para todos los abogados y, luego, sólo aquellos que han ganado en el concurso y que han de desenvolverse en la magistratura reciben el curso del PROFA, condicionado su nombramiento como juez a la superación de tal curso. En este caso, la formación especializada se ocupa del aprestamiento, adiestramiento de abogados que, al cabo de un periodo de formación y luego de haberlo superado satisfactoriamente, han de realizar de sus funciones de magistrado. La formación no se extiende a todos quienes pretendan ser magistrados, sino únicamente a quienes

<sup>33</sup> Exp. N.1 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 39, tercer párrafo.

<sup>34</sup> Exp. N.1 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 60.





están próximos a ser magistrados. La formación extendida a todo abogado que pretenda ser magistrado carece de sentido dado que del conjunto de los que reciban tal formación, sólo un restringido grupo accederá a la magistratura, de modo que se llega al contrasentido de formar como magistrados a personas que, en definitiva y por definición, no han de ser magistrados.

93. Por otra parte, a diferencia del medio optado por el legislador en la norma impugnada, el que se describe aquí no ocasiona afectación en el derecho de acceso a la función pública de quienes carecen del PROFA. En efecto, conforme a este medio, la totalidad de abogados que deseen intervenir en el concurso para el cargo de magistrado, pueden efectuarlo; pero, a la vez, este medio posibilita la realización del objetivo del legislador: la conformación de una judicatura idónea. En suma, se concretiza el objetivo sin afectar el derecho de acceso a la función pública.
94. Un medio hipotético alternativo como el descrito en el fundamento anterior al precedente puede apreciarse en derecho comparado. Esto sucede en el caso del modelo español,<sup>35</sup> donde el ingreso en la carrera judicial exige la superación de una oposición y de un curso teórico y práctico de selección<sup>36</sup> impartido por la Escuela Judicial. La oposición puede ser de dos clases: oposición libre, que exige como requisito sólo ser Licenciado en Derecho y concurso-oposición, que requiere además seis años de ejercicio profesional<sup>37</sup>. Como se aprecia, para poder intervenir en la oposición de ingreso en la carrera judicial no se requiere haber superado el curso teórico-práctico. Ahora bien, el curso teórico práctico tiene lugar posteriormente al concurso-oposición<sup>38</sup> y tiene una duración no menor de dos años –uno teórico y otro práctico-<sup>39</sup>; quienes hayan superado la oposición o el concurso-oposición, “como aspirantes al ingreso en la Carrera Judicial, tendrán la consideración de funcionarios en prácticas”<sup>40</sup>. Finalmente, quienes superen el curso teórico y práctico serán nombrados como jueces<sup>41</sup>.
95. Esto no desconoce la existencia de modelos distintos al descrito, como el Congreso también ha señalado, la referencia al modelo español sólo tiene por propósito argumentar la existencia de modelos idóneos o adecuados a la consecución de la finalidad de una magistratura idónea, sin que ello comporte un tratamiento contrario al acceso a la función pública en igualdad de condiciones.
96. El derecho de acceso a la función pública en condiciones iguales constituye un derecho de participación, por ello parte sustancial de su contenido es la facultad de todo ciudadano de participar o intervenir en los procesos para acceder a la función pública. Por lo tanto, una *restricción innecesaria* del ejercicio del mismo constituye

<sup>35</sup> Además del modelo español, esto mismo sucede en el colombiano y chileno. Cfr. Gonzales Mantilla, Gorki “La carrera judicial en el Perú: estudio analítico y comparativo”, en *Pensamiento Constitucional*, Año VIII, N.º 8, PUCP, Lima, 2001, pp. 307 y sete.

<sup>36</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, artículo 301.1. El texto de la esta disposición se toma de: <http://www.juridicas.com>.

<sup>37</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, artículo 302.

<sup>38</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, artículo 306.1.

<sup>39</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, artículo 307.2, primer párrafo.

<sup>40</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, artículo 306.4.

<sup>41</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, artículo 307.3.





una restricción inconstitucional. La *restricción innecesaria* tiene lugar aquí en el establecimiento de una prohibición de la facultad de intervenir en un proceso como consecuencia de un requisito optado por el legislador para la prosecución de un *objetivo*, el cual, no obstante, podría ser alcanzado a través de otro medio que también es idóneo para realizar el mismo objetivo, pero sin ocasionar la mencionada prohibición de intervenir en el proceso para acceder a la función pública. La restricción innecesaria se produce, en otros términos, cuando el legislador adopta un medio que restringe el ejercicio de un derecho, no obstante la existencia de otro medio que también es idóneo para realizar el objetivo, pero que, a diferencia del optado por el legislador, no restringe el ejercicio del derecho de acceso a la función pública.

97. El legislador detenta en el ejercicio de su función una libertad de configuración que le habilita adoptar cualquier medio para alcanzar el objetivo propuesto. La adopción de los medios que considere conveniente es, así, consustancial a su función legisferante, máxime en el contexto de una *Constitución abierta* y de una *Constitución como proceso público*<sup>42</sup>. Sin embargo, el límite de tal marco de elección de fines está representado por los demás principios y bienes constitucionales, pero, sobre todo, por los derechos fundamentales. A este respecto, el Tribunal Constitucional alemán ha afirmado, en el reciente y conocido caso del *Velo de Ludin*<sup>43</sup> y, con referencia específica al derecho de acceso a la función pública, que: “El legislador detenta, en principio, una amplia libertad de configuración, en la determinación de los criterios de aptitud para la respectiva función y la conformación de los deberes funcionales conforme a los cuales ha de juzgarse la aptitud de los postulantes para el servicio público.”; sin embargo, añade seguidamente que: “Los límites de tal libertad de conformación se deducen de las decisiones fundamentales en otras normas constitucionales, en especial, los derechos fundamentales establecen límites a la libertad de configuración del legislador.” En línea análoga de razonamiento, la Corte Constitucional italiana ha afirmado que “El uso de la discrecionalidad del legislador en la determinación de los requisitos para el acceso a las funciones públicas debe ser objeto de escrutinio más estricto de constitucionalidad cuando no está en discusión sólo la genérica razonabilidad de las opciones legislativas en relación al carácter de la función, sino la admisibilidad de un requisito cuya imposición se traduce indirectamente en una limitación al ejercicio de un derecho fundamental”<sup>44</sup>. En definitiva, la libertad de configuración del legislador terminará donde el derecho de acceso resulte afectado.

98. Lo anterior significa que el legislador disponía al menos de un medio alternativo para alcanzar el objetivo propuesto, sin afectar el derecho de acceso a la función pública; sin embargo, contrariamente, adoptó un medio –el requisito del PROFA– que alcanza el objetivo pero que afecta aquel derecho. En consecuencia, en tanto la exigencia del requisito del PROFA para postular a la magistratura no supera el test

<sup>42</sup> V. Häberle, Peter: *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Duncker & Humblot, 1978, Berlin, en especial, los estudios de la parte I (pp. 17-151) y algunos de la parte II (pp. 155 y ss).

<sup>43</sup> BVerfGE 108, 282 (p. 296), Caso “Turbante (Velo islámico) Ludin” (*Kopftuch Ludin*). Sentencia de 24 de setiembre de 2003, expedida por la Segunda Sala.

<sup>44</sup> *Sentenza* N.º 445/2002, Fundamento 3, tercer párrafo.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OTDA	
FOJAS	330



de necesidad, ella es inconstitucional. Por consiguiente, no hay ya menester de examinar el requisito cuestionado a la luz del subprincipio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto.

### §3. EL ARTÍCULO 151° DE LA CONSTITUCIÓN

99. La sentencia recaída en el Exp. N.º 003-2001-AI/TC y Exp. N.º 006-2001-AI/TC (acumulados) consideró infundada la demanda por estimar que el requisito del PROFA no es incompatible con lo establecido por el art. 151° de la Constitución. El Tribunal Constitucional, tal como ya dejó establecido en auto admisorio de la demanda, en la presente sentencia no tiene como parámetro de examen la posible infracción de la citada disposición constitucional, sino la infracción del derecho de acceso a la función pública.

100. La sentencia anterior concluyó en que el art. 151° de la Constitución había de ser interpretado, siguiendo la *voluntas legislatoris* del Constituyente, en el sentido de que la “formación” en la Academia de la Magistratura tiene como destinatarios “profesionales del derecho que, o bien no tuvieran título de jueces o fiscales, o teniéndolo, su ejercicio se efectúe de cualquier modo, menos en la condición de titular”<sup>45</sup>, todo ello “para los efectos de su selección”<sup>46</sup>. En síntesis, conforme a la interpretación efectuada, para la selección de abogados que han de ejercer el cargo de juez o fiscal se requiere previamente la formación provista por la Academia de la Magistratura.

101. Habiéndose concluido en la presente sentencia que la norma impugnada infringe el derecho de acceso a la función pública, la interpretación del art. 151° de la Constitución debe, ahora, efectuarse sistemáticamente con el derecho de acceso a la función pública. En esta lectura sistemática debe atenderse a que ahí donde una opción interpretativa de una norma constitucional resulte contraria a un derecho constitucional, ella debe ser descartada para privilegiar aquella otra opción que resulta compatible u optimiza un derecho constitucional.

### C. CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL REGLAMENTO EXPEDIDO POR EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

102. El Consejo Nacional de la Magistratura ha expedido un “Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario”, por Resolución N.º 989-2005-CNM, publicada el 5 de junio de 2005. El artículo 8º, literal “o)”, de dicho Reglamento establece lo siguiente:

<sup>45</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 003-2001-AI/TC y Exp. N.º 006-2001-AI/TC (acumulados), Fundamento N.º 3, literal a), primer párrafo.

<sup>46</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 003-2001-AI/TC y Exp. N.º 006-2001-AI/TC (acumulados), Fundamento N.º 3, literal b), tercer párrafo.





“Artículo 8.- El postulante anexa a la solicitud su currículum vitae documentado, en formato único aprobado por el CNM y para efectos de la verificación de aptitud debe incluir la siguiente documentación:

(...)

“o) Certificación expedida por la Academia de la Magistratura de haber aprobado los estudios del Programa de Formación para Aspirantes o de capacitación para el ascenso, según corresponda.

(...).”

103. El Tribunal ya ha establecido que detenta potestad para efectuar el control abstracto de constitucionalidad de normas infralegales<sup>47</sup>. Ha sostenido al respecto que él “(...) puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional, cuando ella es también inconstitucional “por conexión o consecuencia” con la norma de jerarquía legal que el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional.”<sup>48</sup>, ello en aplicación de lo establecido en el artículo 78° del CPConst, y, además, como supuesto adicional, cuando una disposición reproduce el contenido de la norma declarada inconstitucional<sup>49</sup>.

104. En el caso, el artículo 8 del citado Reglamento establece la documentación que el postulante para el cargo de magistrado debe adjuntar a su solicitud y a su currículum vitae a efectos de participar en el *Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales*. Dentro de dicha documentación, el literal “o)” exige la presentación de la Certificación expedida por la Academia de la Magistratura de haber aprobado los estudios del Programa de Formación para Aspirantes en el caso de postulantes que aspiran a integrarse a la magistratura y del certificado de haber aprobado los programas de capacitación para el ascenso, en el caso de postulantes que ya son magistrados y pretenden más bien un ascenso. La exigencia de acreditación de la certificación de capacitación para el ascenso no es relevante en el caso y, por ello, tal extremo de la disposición no será objeto de control de constitucionalidad.

105. Así delimitado, el objeto de control de constitucionalidad viene a ser el citado literal “o)” del artículo 8°, únicamente en cuanto exige al postulante que pretende integrarse a la magistratura adjuntar a su solicitud la certificación de la Academia de la Magistratura de haber aprobado el Programa de Formación de Aspirantes (PROFA). El mandato de adjuntar tal certificado aparece como condición para admitirse la solicitud de postulación. Se trata de una exigencia de carácter instrumental a efectos de verificar que el requisito exigido por la Ley haya sido cumplido, y desenvuelve, en tal sentido, el rol de “norma-medio” de la “norma-fin”, que viene a ser el requisito exigido por la Ley. Así las cosas, en tanto “la declaratoria de inconstitucionalidad de la ‘norma-fin’ trae como consecuencia la

<sup>47</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 74 y ss.

<sup>48</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 74.

<sup>49</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 0045-2004-PI/TC, Fundamentos N.º 78 a 83.



inconstitucionalidad de la ‘norma-medio’<sup>50</sup>, la citada exigencia establecida por el artículo 8º, literal “o)” de la mencionada Resolución, también es inconstitucional y, por lo tanto, debe ser declarada inconstitucional.

#### D. PREVISIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA

106. La declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada plantea el problema de la consecuencia o efecto que ha de adjudicarse a la aprobación del Programa de Formación de Aspirantes por parte del conjunto de personas que lo han efectuado con el propósito de postular a la magistratura. Dado que ahora no es requisito para la postulación la acreditación del PROFA, ¿cómo queda o cuál es el efecto de dichos estudios realizados por algunas personas? El problema se plantea respecto a las personas que hayan logrado su ingreso a la magistratura. Dado que el PROFA ha de impartirse después de que el postulante haya ingresado a la magistratura, ¿significa ello que las personas con PROFA tienen que efectuarlo nuevamente?
107. El proceso de inconstitucionalidad tiene un doble carácter: objetivo y subjetivo. En tal sentido, el Tribunal no puede omitir que la controversia constitucional involucra los derechos de concretos y determinados colectivos y que, por tanto, el Tribunal no puede pasar por alto las consecuencias que sus decisiones podrían ocasionar en el ámbito de los derechos e intereses de tales personas. En el presente proceso de inconstitucionalidad, tras la controversia de si la norma impugnada es o no constitucional (dimensión objetiva) se halla el problema del derecho de acceso a la magistratura de un concreto colectivo de profesionales (dimensión subjetiva) de nuestro país. Por ello, la consideración de las implicancias o consecuencias de la sentencia no puede ser omitida.
108. El principio de previsibilidad de las consecuencias de una sentencia constitucional impone al Tribunal disponer que se adopten determinadas medidas para el tratamiento de una consecuencia ocasionada por la sentencia constitucional, así como los principios o parámetros constitucionales que han de regirlas. Ello tiene lugar sólo en el caso de que la consecuencia pueda ser eventualmente lesiva de derechos o principios constitucionales, de modo que las medidas ordenadas estarán orientadas a evitar tales consecuencias.
109. Las personas que logren ingresar a la magistratura y que ya han llevado a cabo el PROFA podrán ser eximidas del mismo y asumir sus funciones; en cambio, las personas que no lo han cursado, en el supuesto que ingresen, no podrán ejercer el cargo, sino hasta después de llevar el citado curso. En la hipótesis de que el PROFA fuese reestructurado y tuviese mayor extensión, será la Academia de la Magistratura la que determine si las personas que ya han llevado dicho curso deban completar o no el ciclo de formación exigido. En todo caso, para tal efecto, la Academia deberá observar, por un lado, que se evite una duplicidad del curso a quienes ya lo han llevado, pero por otro, que ello no implique

<sup>50</sup> Sentencia recaída en el Exp. N.º 0045-2004-PI/TC, Fundamento N.º 77.





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL OTDA	
FOJAS	333



desatender la plena y elevadísima formación que impone la idoneidad de la magistratura.

Desde luego, esta situación es temporal y se justifica sólo para mitigar las consecuencias del cambio –la no necesidad del PROFA para postular a la magistratura- respecto a personas que ya lo han efectuado, situación que, una vez superada, no requerirá excepción alguna a la realización de dicho curso antes del ejercicio de funciones de quienes han ingresado a la magistratura.

## VI. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia:
2. Declarar **INCONSTITUCIONAL** el artículo 22, inciso c), de la Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.
3. Declarar **INCONSTITUCIONAL** el artículo 8º, literal “o)”, del Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario”, Resolución N.º 989-2005-CNM, únicamente en la siguiente frase: “de Formación para Aspirantes o”.
4. Declarar **INFUNDADAS** las excepciones de falta de legitimidad activa para de los demandantes y de cosa juzgada, e **IMPROCEDENTE** la excepción de representación defectuosa de los demandantes.

Dispone la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA  
GONZALES OJEDA  
ALVA ORLANDINI  
BARDELLI LARTIRIGOYEN  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARRÓYO

Lo que certifico.

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)