SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N.º 045-2004-PI/TC

SUMARIO

I. ASUNTO
II. DATOS GENERALES
III. NORMA DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD
IV. ANTECEDENTES
A. DEMANDA
B. CONTESTACIÓN

V. MATERIAS CONSTITUCIONALMENTE RELEVANTES
VI. FUNDAMENTOS
A.LA legItimidad para obrar del demandante

B.vigencia de la DISPOSICIÓN impugnada
§1. LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA
§2. La CESACIÓN DE VIGENCIA DE LAS NORMAS Y LEYES TEMPORALES

§3. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA DISPOSICIÓN NO VIGENTE
§4. lOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

C.ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA
§1. El PRINCIPIO DERECHO DE IGUALDAD
§2. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD
§3. El PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
§4. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN DE LA IGUALDAD
§5. EXAMEN DE LA DISPOSICIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
§5.1 la INTERVENCIÓN EN EL PRINCIPIO-DERECHO IGUALDAD
§5.2 EL FIN DEL TRATAMIENTO DIFERENTE
§5.3 EXAMEN DE LA *IDONEIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A MAGISTRADOS
§5.4 EXAMEN DE LA *NECESIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A MAGISTRADOS
§5.5 EXAMEN DE LA *IDONEIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A POSTULANTES CON PROFA
§5.6 EXAMEN DE LA *NECESIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A POSTULANTES CON PROFA

D. CONTROL *ABSTRACTO* DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS INFRALEGALES

FALLO

EXP. N.º 045-2004-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DEL
CONO NORTE DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 29 días del mes de octubre de 2005, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia:

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3º de la Ley N.° 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

II. DATOS GENERALES

Demandante: Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima.

Norma impugnada: Artículo 3º de la Ley N.° 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

Vicio de inconstitucionalidad alegado: Inconstitucionalidad por el fondo. Infracción del principio-derecho igualdad enunciado en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución.

Petitorio: Se declare la inconstitucionalidad de la disposición impugnada.

III. NORMA DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD

Artículo 3º de la Ley N.° 27466
Ley que modifica la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura y complementa el proceso de ratificación de magistrados

Artículo 3.- Deroga y modifica Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley Nº 27368

Deróganse la Segunda y Tercera Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley Nº 27368, y modifícase la Cuarta en los términos siguientes:

“Cuarta.- Bonificación para los magistrados titulares que aspiren a cargo superior

Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquéllos postulantes, que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido”.

IV. ANTECEDENTES

A. Demanda

La demanda de inconstitucionalidad solicita se declare la inconstitucionalidad de la disposición impugnada porque considera que la bonificación de hasta el 10% sobre la calificación total obtenida que se otorga a magistrados titulares (del Poder Judicial y el Ministerio Público) que postulan al ascenso, contraviene lo establecido por el artículo 2°, inciso 2) de la Constitución, que reconoce la igualdad ante la ley.
Considera que la disposición impugnada contraviene el principio de igualdad por “establecer

un trato desigual al conceder privilegios a los magistrados titulares", atentándose así los "derechos del grupo de abogados" "e inclusive magistrados suplentes y provisionales" que aspiran al cargo de magistrado titular.
Afirma que el derecho a la igualdad, en cuanto derecho fundamental, implica una prohibición de "discriminación jurídica", conforme a la cual la persona no debe ser objeto de un tratamiento "dispar" respecto a quienes se encuentran en la misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable. Sin embargo, tal excepción no existiría y se configuraría un tratamiento diferenciador arbitrario, "no razonable y excepcional a favor de magistrados titulares"; lo cual, además, ocasionaría el desaliento de la incorporación de abogados en ejercicio libre de buen nivel académico pues la disposición cuestionada establece una "asimetría en el establecimiento de oportunidades en los postulantes", contraria al derecho a la igualdad.
Refiere que se infringe el principio de igualdad porque se contempla una "evaluación diferenciada en situaciones idénticas (postulación ante el CNM)" que deviene discriminatoria respecto al resto de postulantes.
Estima que la finalidad de la disposición impugnada es establecer diferencias arbitrarias injustificadas para "favorecer a magistrados titulares", ocasionando la "restricción de los derechos expectaticios" de postulantes actuales y futuros a la magistratura.
Afirma que la disposición impugnada ha sido recogida por el artículo 40º del Reglamento del Consejo Nacional de la Magistratura, precisando que la mencionada bonificación equivale al puntaje de 3 que se asigna a estudios de Maestría o de Doctorado. De esta forma se genera una ventaja que redunda en la obtención de un puntaje favorable para su cómputo final, en detrimento del resto de postulantes.
Las diferencias ocasionadas por la norma ocasionan la concesión de beneficios injustificados a quienes ya son magistrados, "generadoras de diferencias de arraigo medieval, inconcebibles en un Sistema Democrático".

B. Contestación

El Congreso deduce la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante. Afirma que el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima no habría sido creado por ley, por lo que se trataría de una simple asociación de abogados instituida para la defensa gremial de sus afiliados. Precisa que, de conformidad con el artículo 20º de la Constitución, los colegios profesionales detentan personalidad de derecho público y que, según el artículo 76º del Código Civil, deben ser creados por ley; no obstante, el Colegio demandante no lo habría sido, de modo que carecería de legitimidad procesal activa. Se trataría de una asociación, una persona jurídica de derecho privado que carecería de la legitimidad procesal activa establecida por el Código Procesal Constitucional.
Afirma que la disposición impugnada establece un trato diferenciado que se sustenta en lo establecido por el artículo 103º de la Constitución, conforme al cual, se puede expedir leyes especiales por la naturaleza de las cosas, mas no por la diferencia de las personas.
Alega que el principio de igualdad de trato no prohíbe dispensar un tratamiento diverso a

situaciones distintas, dado que la esencia de la igualdad no consiste en impedir diferenciaciones, sino evitar que éstas carezcan de "justificación objetivamente razonable y se respete una proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida". La disposición impugnada realiza precisamente un trato diferenciado a favor de magistrados y personas que han cursado el programa de formación académica, el cual obedece a causas objetivas y razonables, y que, además, no infringe el principio de igualdad debido a que supera el test de razonabilidad:

a) *Desigualdad de los supuestos de hecho*. La desigualdad de los supuestos de hecho implica la constatación de situaciones distintas que, por lo tanto, exigen también un tratamiento diferente. La bonificación cuestionada se otorga a magistrados que tienen experiencia en la función jurisdiccional y a postulantes que han llevado a cabo el programa de formación académica. Con respecto a los magistrados, considera que en la Constitución (artículo 147°, inciso 4) subyace el criterio de otorgar "mayor importancia a la permanencia en la función jurisdiccional". Para ser magistrado de la Corte Suprema, tal disposición constitucional establece como requisito para magistrados el haberlo sido durante diez años, mientras que al resto de aspirantes que no son magistrados, se exige el ejercicio de la abogacía o de la cátedra universitaria durante quinces años. Sostiene que la ratio de la distinción "viene dada por los años de experiencia en la magistratura frente al número de años en el ejercicio profesional o la docencia". "No puede calificarse la experiencia profesional de un juez que lleva años en la judicatura, o la de un fiscal en el Ministerio Público, con un abogado que nunca ha sido juez o que jamás ha litigado. La experiencia ganada por su cercanía con los procesos supone –quiérase o no- una ventaja frente a los abogados que no han sido jueces, lo que hace necesario contar con jueces y fiscales con experiencia en el ejercicio de la función jurisdiccional".
Los postulantes que han recibido el programa de formación académica cuentan con una formación especializada para el ejercicio de la función jurisdiccional.
En consecuencia, el grupo al que se concede la bonificación y él excluido de ésta, constituyen dos supuestos de hecho que requieren tratamiento diferenciado. Aquellos que tienen experiencia o estudios para la magistratura y quienes no se encuentran en tal situación.

b) *Finalidad*. La finalidad de la norma sería "garantizar la excelencia en el ejercicio de la carrera de los jueces y fiscales" y el acceso a tales cargos por profesionales debidamente preparados para, de ese modo, cumplir idóneamente con la garantía del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. "[S]e busca abogados que tengan los méritos y la experiencia profesional suficiente para el ejercicio del cargo de juez". La importancia que la Constitución otorga al nombramiento de magistrados se infiere de que haya instituido el Consejo Nacional de la Magistratura como órgano competente para tal efecto así como la Academia de la Magistratura como órgano encargado de brindar estudios para postular al cargo de magistrado.

c) *Razonabilidad*. El fin buscado por el legislador se ajusta a los valores enunciados en la

Constitución “como es la elección de jueces y fiscales idóneos”. Alega que los jueces y fiscales, que “administran justicia en nombre de la nación” (artículo 143º, Constitución), deben ser personas “idóneas, capaces, técnicas, especialistas en la resolución de conflictos”. Que, siendo una parte del problema de administración de justicia la “falta de idoneidad de algunos magistrados”, resulta necesario “profesionalizar la magistratura”. Afirma que la capacitación de quienes postulen a la magistratura, encargada a la Academia de la Magistratura, prevista constitucionalmente, resulta “reforzada” mediante la mencionada bonificación. Que las diversas variables que se consideran para la ratificación del cargo de magistrado –conducta e idoneidad, producción, méritos, informes- y su constante capacitación tornan razonable la asignación de una bonificación a quienes ya se han desempeñado en la magistratura. Que serían los criterios de “mérito y capacidad, así como de idoneidad y especialización” los que debe cumplir toda persona que ha de ejercer funciones jurisdiccionales. Los fines del trato diferenciado concernientes a la “capacitación de los magistrados en la carrera judicial” y de la tutela jurisdiccional efectiva no se podrían lograr “si es que no se cuenta con la experiencia de los jueces y fiscales y con el adiestramiento proporcionado por la Academia de la Magistratura”. Hay en el trato diferenciado una “exigencia de especialización de los magistrados y aspirantes”.
Por último, afirma que la bonificación establecida reconoce sólo un rango entre 0.1% hasta 10% que el Consejo Nacional de la Magistratura ha de examinar. Asimismo, la disposición cuestionada constituiría un estímulo para que las personas que deseen ingresar a la magistratura, realicen los estudios necesarios para el efecto del desarrollo de la función jurisdiccional.

d) *Racionalidad*. Afirma que resulta “justificado” que se conceda la bonificación cuestionada por cuanto es un medio para “asegurar idoneidad en el cargo de los jueces y fiscales titulares y postulantes”.

e) *Proporcionalidad*. El trato diferenciado será admisible si existe proporción entre las diferencias que se establecen y la finalidad perseguida. Esto es, que el tratamiento diferenciado no produzca otra desigualdad no querida. El propósito del trato diferenciado del legislador es que al Poder Judicial accedan profesionales verdaderamente competentes.

La norma impugnada ya no se halla en vigencia. El artículo 1º de la disposición impugnada dejaba en suspenso por el plazo de tres años el requisito concerniente al Programa de Formación Académica para postular a la magistratura. Sin embargo, habiendo culminado tal periodo de suspensión el 31 de mayo de 2004 y, por lo tanto, siendo nuevamente exigible tal requisito, pueden postular a la magistratura únicamente las personas que han aprobado dicho programa de formación. Debido a ello, la bonificación cuestionada ya no sería aplicable.

V. MATERIAS CONSTITUCIONALES RELEVANTES

La controversia constitucional planteada en el presente se centra sobre los siguientes

problemas:

- ¿Detenta legitimidad para obrar el Colegio de Abogados demandante?
- ¿Es posible examinar la constitucionalidad de una disposición que ya no está vigente?
- ¿Es contraria al principio-derecho igualdad la bonificación otorgada por la disposición legal impugnada a magistrados y a postulantes que han cursado el Programa de Formación Académica?
- ¿Puede el Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal a través del proceso de inconstitucionalidad?

VI. FUNDAMENTOS

A. LA LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDANTE

1. El Congreso ha deducido la excepción de legitimidad para obrar del demandante. Sostiene que de conformidad con el artículo 20° de la Constitución, los colegios profesionales detentan personalidad de derecho público y, según el artículo 76º del Código Civil, deben ser creados por ley. Afirma que el Colegio Profesional demandante carece de la condición de persona jurídica de derecho público al no haber acreditado su creación por ley. En consecuencia, se trataría de una simple asociación para la defensa gremial de sus afiliados.

Respecto a la exigencia de la acreditación de la Ley de creación del colegio demandante, este Colegiado ha afirmado en su resolución de fecha 31 de marzo de 2005, dictada en el presente proceso, que: "(...) si bien este Tribunal también exigió que se cumpliera con precisar la ley de creación del Colegio de Abogados demandante, tal extremo no se configura como un imperativo de admisibilidad nacido de la voluntad expresa del Código [Procesal Constitucional]. En tales circunstancias, y aun reconociendo que dicho extremo se encuentra todavía pendiente por definir, este Colegiado considera que la duda sobre la legitimidad de ejercicio de la parte demandante no puede ser interpretada en sentido adverso a sus intereses y la tutela procesal a la que tiene derecho. En dicho contexto, y estando al principio *pro actione*, establecido en el párrafo 4 del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima pertinente presumir en favor de la continuidad del proceso constitucional interpuesto y, en tal sentido, dar por cumplidas las condiciones para admitir la presente demanda." (Fundamento N.º 3, subrayado del Tribunal en la presente sentencia).

El Tribunal reafirma el criterio ya establecido en la citada resolución, poniendo énfasis sobre todo en cuanto a 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.

B. vigencia de la DISPOSICIÓN impugnada

§1. LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

2. La disposición impugnada es el artículo 3º de la Ley N.º 27466, publicada el 30 de mayo de 2001, en el extremo que modifica la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27368, en los términos siguientes:
"Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquéllos postulantes, que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido".

3. Esta disposición concede una bonificación sobre el puntaje total obtenido a magistrados y postulantes –esto es, personas que no son parte aún del cuerpo de magistrados- por haber cursado el programa de formación académica. La bonificación constituye la asignación de un porcentaje de puntuación sobre la calificación total obtenida.

§2. La CESACIÓN DE VIGENCIA DE LAS NORMAS Y LEYES TEMPORALES

4. La cesación de vigencia de una norma en el ordenamiento jurídico puede deberse a la derogación o a su declaración de inconstitucionalidad. Es en este sentido que la Constitución establece que "(...). La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. (...)" (artículo 103º).
La cesación de la vigencia de una norma puede deberse, sin embargo, no sólo a estos dos supuestos. Dicha cesación puede también deberse al plazo previsto por la propia norma como también a la desaparición de las circunstancias que la motivaron e, incluso, a la producción de cierto hecho. A este respecto, se ha afirmado que: "[e]ntre las circunstancias a las que el ordenamiento atribuye la virtualidad de determinar el fin de la vigencia de las leyes se encuentran, como es notorio, la derogación y la declaración de inconstitucionalidad; pero no son éstas las únicas existentes. Hay otras dos circunstancias que, en ordenamientos de base legalista, suelen implicar la cesación de la vigencia de las leyes, a saber: la fijación de un plazo de vigencia y la operatividad de la máxima *cessante legis ratione, cesta lex ipsa*. En cuanto ambos supuestos, si bien diferentes, representan una excepción a la regla general de la vigencia indefinida de la ley, pueden ser agrupados bajo la rúbrica de leyes con vigencia temporal limitada o leyes *ad tempus*" [1].
Las leyes temporales son definidas también como aquéllas "(...) cuya eficacia no es proyectada ilimitadamente en el futuro, sino fijada a una caducidad. También en este caso el *dies ad quem* puede estar constituido por un dato fijo o por un verdadero y propio término que detenta decurso vario (pero de cualquier modo *cierto*) o puede ser reconducido al suceso de una condición (...)" [2]. En este sentido, cobra sentido que en doctrina se haya afirmado que en estos supuestos se produce la "caducidad" de la norma, caracterizada por la "(...) pérdida de eficacia que obtiene una ley sujeta a plazo final o a una condición

resolutiva por el acaecimiento de la fecha o por producirse la condición” [3].

5. La cesación de la vigencia de la norma en ambos supuestos (delimitación temporal definida o sujeción al acaecimiento de un hecho) no se debe en absoluto a una derogación, sino más bien a la conclusión de su ámbito de validez temporal y de las circunstancias materiales –el supuesto- a las que está condicionada. En ambos supuestos es el propio legislador el que ha delimitado la vigencia de la norma. Puede afirmarse de ese modo que este tipo de normas llevan consigo una disposición que podría denominarse de “autoderogación”.
En consecuencia, la cesación de vigencia de estas normas no se produce como consecuencia de una derogación, sino debido a: a) la sola superación de su límite temporal o, b), el acaecimiento del suceso o hecho establecido por ella misma. La particularidad de estas normas es que dejan de pertenecer al ordenamiento al producirse alguno de tales supuestos. Por ello, no cabe hablar de derogación, pero sí de que la disposición ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico. Se trata de normas que ya no están vigentes.

6. Una norma de vigencia temporal limitada es justamente la enunciada en el artículo 1º de la Ley N.° 27466. El texto de esta disposición es el siguiente:
“Déjase en suspenso por el plazo de tres años el inciso c) del Artículo 22 (...) de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (...)”.

El inciso c) del artículo 22 de la aludida Ley Orgánica, modificado por Ley N.° 27368, publicada el 7 de noviembre de 2000, establece lo siguiente:

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

Esta disposición establece un requisito para la postulación al cargo de magistrado consistente en la aprobación satisfactoria del programa de formación académica. Se trata, entonces, de un requisito cuya exigibilidad fue suspendida para el lapso de tres años. El requisito consistente en la aprobación satisfactoria de los programas de formación académica impartidos por la Academia de la Magistratura fue suspendido, así, por el periodo de tres años (Artículo 22, inciso c, Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura). El ámbito temporal de la suspensión habría sido desde la fecha de vigencia de la citada disposición, es decir, desde el 31 de mayo de 2001 hasta el 30 de mayo de 2004. Sería éste el periodo durante el cual el citado requisito habría estado suspendido. Expirado tal periodo, dicho requisito vuelve a ser exigible. Se trata, entonces, de un requisito general que habría sido suspendido excepcionalmente para los tres años

mencionados. Cumplido tal lapso, dicho requisito continuaría siendo exigible. Se está aquí ante un claro supuesto de ley temporal. La consecuencia relevante reside, aquí, en que la ley temporal ya no se halla vigente, que ya no forma parte de ordenamiento jurídico.

7. El interrogante que ha de resolverse, ahora, es determinar si la disposición cuestionada –el artículo 3º de la Ley N.º 27466, modificatoria de la Cuarta disposición transitoria y final de la Ley N.º 27368- es también una norma de tal naturaleza. Tal disposición establece una bonificación para personas que han cursado el correspondiente programa de formación académica sobre el total del puntaje obtenido. La disposición está presuponiendo la existencia de dos supuestos: personas que han cursado el programa y personas que no lo han realizado. La bonificación recaería sobre las primeras. Sin embargo, esta disposición está circunscrita al supuesto de que, por el periodo mencionado, el requisito de aprobación del programa de formación académica está suspendido. La bonificación está, así, condicionada a esta circunstancia. Ella es inherente a la temporal circunstancia donde se admitiría la postulación de personas que no han aprobado el programa de formación académica. Expirado este supuesto, la bonificación también habría dejado de operar. En conclusión, la disposición impugnada detenta también carácter temporal. Se trata de una ley temporal. La disposición impugnada, a diferencia del artículo 1º, no establece un plazo específico que determine su ámbito de vigencia temporal, sin embargo, está condicionada a una circunstancia –la postulación a la magistratura de personas sin el curso de formación académica- de suceso cierto y que sí está delimitado temporalmente.

8. Desde esta perspectiva, en puridad, la disposición impugnada no es una ley temporal determinada por un plazo, sino que está condicionada a la producción de un suceso o una circunstancia. Tal circunstancia viene a ser la suspensión por término específico (31 de mayo de 2001 a 30 de mayo de 2004) del requisito de aprobación del programa de formación.
A esta interpretación conduce el carácter provisional de la disposición expedida. La *ocassio legis* dentro de la cual ha de entenderse tal disposición es la situación de provisionalidad de la administración de justicia de entonces. El *ratio* de la misma parece insertarse en el propósito de afrontar dicho problema a través de la suspensión de un requisito general –la formación a través de la Academia de la Magistratura- para, 1), la *postulación* al cargo de magistrado y para, 2), el *ascenso* de magistrados titulares.
Así las cosas, el artículo 3° de la Ley N.º 27466 impugnado, constituye una ley temporal, cuyo ámbito de vigencia ya concluyó; es decir se trata de una norma que ya no conforma el ordenamiento jurídico.

§3. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA DISPOSICIÓN NO VIGENTE

9. La disposición impugnada ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico. ¿Puede el Tribunal Constitucional examinar la constitucionalidad de una norma que ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico (norma no vigente)?

10. La circunstancia que una disposición no esté vigente no es óbice para que no se examine su constitucionalidad. Si bien el objeto del proceso de inconstitucionalidad es el examen de normas vigentes, las normas que carecen de vigencia o que ya no forman parte del ordenamiento jurídico pueden también serlo. Tres son los supuestos en los que una disposición que carece de vigencia puede ser sometida al examen de su constitucionalidad.

11. Respecto al primer supuesto, clásica y autorizada doctrina lo ha planteado en los siguientes términos: "Parece obvio que el tribunal constitucional sólo puede conocer las normas todavía en vigor al momento en que dicta su resolución. ¿Por qué anular una norma que ha dejado de estar en vigor? Observando con atención esta cuestión se advierte, sin embargo, que *es posible aplicar el control de constitucionalidad a normas ya abrogadas*. En efecto, si una norma general (...) abroga otra norma general sin efecto retroactivo, las autoridades deberán continuar aplicando la norma abrogada para todos los hechos realizados mientras se encontraba aún en vigor. *Si se quiere evitar esta aplicación en razón de la inconstitucionalidad de la norma abrogada* (...), *es necesario que esta inconstitucionalidad se establezca de manera auténtica y que le sea retirado a la norma el resto de vigor que conservaba*." [4].
En este sentido, el examen de constitucionalidad de una disposición no vigente está condicionado a que ella sea susceptible de ser aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridas durante el tiempo en que estuvo vigente. Tal puede ser, por ejemplo, el típico caso de las disposiciones que hallamos en el Código Civil, el Código del Niño y el Adolescente, la Ley General de Sociedades, que fueran derogadas por leyes posteriores y, luego, sometidas al examen de constitucionalidad. La justificación del examen de validez constitucional reside en que, una vez derogadas, los hechos, situaciones y relaciones jurídicas ocurridos durante la vigencia de tales normas, son regidos por dichas disposiciones. Para evitar la aplicación de dichas normas, en el supuesto de que fueran eventualmente inconstitucionales, se requiere su declaración de invalidez (inconstitucionalidad). Por esta razón, aun cuando una disposición esté derogada, ha menester un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. Es en tal sentido que este Colegiado ha afirmado que "(...) la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad" [5] Como se advierte, la razón de ello reside en que, a diferencia de la derogación, a través de la declaración de inconstitucionalidad, se "'aniquila' todo efecto que la norma [derogada] pueda cumplir" [6].

12. El segundo supuesto surge de la posibilidad de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma penal o tributaria habilite la reapertura de procesos en que aquella fue aplicada, conforme establece el artículo 83 CPConst. Este supuesto ya ha sido incorporado por la jurisprudencia de este Tribunal al haber afirmado que el examen de constitucionalidad de una disposición derogada se da: "cuando, (…), la sentencia de

inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria" [7].
De conformidad con el artículo 83° CPConst, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma no habilita la reapertura de procesos concluidos donde ella haya sido aplicada, con excepción de los supuestos de materia penal y tributaria. *A contrario sensu*, los procesos concluidos relativos a materias distintas de las anteriores no pueden ser reabiertos. Precisamente, la posibilidad de reapertura de procesos donde se haya aplicado una norma penal o tributaria ya derogada, pero cuya inconstitucionalidad sea advertida posteriormente, impone que el Tribunal examine su constitucionalidad.
En consecuencia, si una norma penal o tributaria fuera derogada y hubiera sido aplicada en la resolución de procesos, corresponderá el examen de su constitucionalidad.

13. Finalmente, el tercer supuesto se da cuando una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente. Es decir, cuando es aplicada a hechos, situaciones y relaciones jurídicas posteriores a la cesación de su vigencia. En consecuencia, si una norma que carece de vigencia es aplicada ultraactivamente, ha menester el examen de su constitucionalidad.
Ciertamente, el examen de constitucionalidad de una disposición no vigente en este supuesto presupone que la aplicación ultraactiva de la disposición, a través de una concreta norma o acto, haya sido detectada.
La justificación del examen de constitucionalidad en este supuesto radica en evitar, al igual que en el primer supuesto, que una disposición inconstitucional continúe siendo aplicada. Se trata aquí de evitar el efecto o aplicación ultraactiva de una disposición inconstitucional como consecuencia imperativa del principio de supremacía constitucional.

§4. lOS EFECTOS DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

14. El problema que se plantea en este extremo es determinar si la disposición impugnada, en cuanto norma ya no vigente, está incluida en algunos de los tres supuestos antes descritos para, así, ameritar un pronunciamiento sobre su validez constitucional.

15. El Tribunal Constitucional ha advertido que el Consejo Nacional de la Magistratura ha expedido un "Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario", publicado el 5 de junio de 2005.
Este Reglamento establece, en su artículo 48º, primer párrafo, que:
"Aprobados los promedios de las entrevistas personales por el Pleno del Consejo, se remiten a la Comisión para que elabore el correspondiente cuadro de calificaciones. El cuadro de calificaciones comprende: los promedios parciales de cada una de las etapas, del que resulta el promedio final, *al que se adiciona si corresponde el porcentaje de las bonificaciones dispuestas por las Leyes 27466* y 27050, ésta última modificada por la Ley Nº 28164." (cursiva del Tribunal Constitucional).
Asimismo, la Primera Disposición Final del citado Reglamento, establece:

"De conformidad con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Nº 27368, modificada por el artículo 3 de la Ley Nº 27466 los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediato superior y acrediten haber aprobado el curso para el ascenso seguido ante la Academia de la Magistratura, así como aquellos postulantes que hayan aprobado el programa de formación de aspirantes ante la citada Academia, tienen una bonificación de hasta el 10% (diez por ciento) sobre el total del promedio final a que se refiere el primer párrafo del artículo 48 del presente Reglamento. El porcentaje se acuerda por el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura en cada concurso".

16. Tanto el artículo 48° como la Primera Disposición Final del Reglamento, proyectan en el tiempo los efectos de la disposición impugnada –ya no vigente-, al considerar aplicable la mencionada bonificación en cuanto parámetro para la determinación del "Promedio Final y el Cuadro de Calificaciones".
¿Puede considerarse, así, este Reglamento, en las citadas disposiciones, como un "acto de aplicación ultraactiva" de la disposición impugnada, es decir, la aplicación ultraactiva de una norma ya no vigente a un suceso posterior a la cesación de su vigencia? La respuesta es afirmativa.

17. El Consejo Nacional de la Magistratura parece haber interpretado el impugnado artículo 3º de la Ley N.° 27466 de modo no concordado con el artículo 1º de la misma. Al margen de ello, cierto es que su Reglamento está considerando vigente aún dicha norma y, por ello, la adopta como parámetro a aplicarse en la determinación del "Promedio Final y el Cuadro de Calificaciones" (artículo 48). Es decir, aun cuando la disposición impugnada ya ha caducado en sus efectos temporales, el efecto de la misma es prolongado (*ultraactividad*) como consecuencia de una norma reglamentaria. Este efecto subsistente en el ordenamiento jurídico de una norma legal no vigente amerita el pronunciamiento sobre su validez constitucional.

18. En este contexto, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma impugnada se debe a que, aun cuando ella ha dejado de pertenecer al ordenamiento jurídico, el Tribunal Constitucional ha advertido que ella está siendo aun aplicada y, desde esa perspectiva, continúa aún desplegando sus efectos. Dicho acto de aplicación está representado por la mencionada norma reglamentaria expedida por el Consejo Nacional de la Magistratura. Esto es, como una forma de desarrollo reglamentario de la disposición impugnada, ya carente de vigencia. Se trata, entonces, de un supuesto donde una norma legal ya no vigente despliega efectos por mérito del citado Reglamento. Esta circunstancia motiva que el Tribunal Constitucional proceda a examinar la constitucionalidad de la disposición impugnada.

19. ¿Cuál es la consecuencia práctica del Reglamento? La bonificación ya no beneficiará a los postulantes que hayan aprobado el Programa de formación académica (en adelante PROFA) porque, habiendo expirado la suspensión del requisito del PROFA, ya no se

admitirá postulantes sin PROFA, no presentándose la posibilidad de que estos sean discriminados. Sólo podrán presentarse postulantes con PROFA. La bonificación, empero, sí beneficiaría a los magistrados que han de ascender con respecto a los postulantes a Vocal o Fiscal, Superior o Supremo debido a que la disposición impugnada les concede esa bonificación. En cambio, el resto de postulantes carecería de tal bonificación, porque todos ellos tendrían por definición el PROFA, por tratarse de un requisito para la postulación. No obstante ello, este Tribunal se pronunciará respecto a la bonificación concedida tanto a magistrados como a postulantes con PROFA.

C. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DISPOSICIÓN IMPUGNADA

§1. El PRINCIPIO DERECHO DE IGUALDAD

20. La Constitución reconoce el derecho principio igualdad en el artículo 2°, inciso 2, en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho: (…) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole."
Como este Tribunal ha afirmado, la igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental [8]. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente, resulten relevantes.
En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la *prohibición de discriminación*. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad.

§2. RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD

21. En reiterada jurisprudencia, este Tribunal ha empleado conjuntamente el principio de razonabilidad y el principio de proporcionalidad a efectos de examinar si un tratamiento diferenciador es, o no, discriminatorio [9]. Son estos los principios que sirven de parámetro para examinar un trato diferenciado.

22. La forma de operar de este par conceptual –razonabilidad y proporcionalidad- implica advertir que "(...) la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable de

forma que la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida" [10].

23. En este contexto, la razonabilidad aparece como una exigencia de fundamento, de una razón o base que justifique el tratamiento diferente. Aquí, el tratamiento diferente aparece como un medio para la prosecución de una finalidad. La comprensión del principio de razonabilidad en estos términos ha sido acogida por este Tribunal cuando ha manifestado que: "Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional" [11].

24. De modo algo más genérico, pero también comprendido en el concepto de razonabilidad, se halla la noción de éste según la cual se identifica la razonabilidad como prohibición o interdicción de arbitrariedad. Razonable sería, así, toda intervención en los derechos fundamentales que constituya consecuencia de un fundamento. Arbitraria, aquélla donde ésta se encuentra ausente. En relación a la igualdad, carente de razonabilidad sería el tratamiento diferenciado ausente de fundamento alguno.

25. La proporcionalidad, por su parte, en este contexto, conjunto al principio de razonabilidad, como parámetro de los supuestos de discriminación, alude fundamentalmente a la relación de idoneidad o adecuación entre medio y fin; sin embargo, en cuanto hay una implicancia entre idoneidad y necesidad, la relación "proporcional" entre medio y fin puede conducir también a imponer un examen de necesidad. Es decir, la opción del medio menos gravoso.

26. De lo anterior se concluye que el principio de razonabilidad y de proporcionalidad, en cuanto par conceptual para examinar la constitucionalidad de los supuestos de eventual discriminación, comprenden los siguientes aspectos: determinación de la finalidad del tratamiento diferenciado, examen de idoneidad y de necesidad.

27. Ahora bien, esta exigencia de proporcionalidad conjunta a la de razonabilidad, resulta ciertamente restringida en comparación con el denominado "principio de proporcionalidad". En efecto, el principio de proporcionalidad, entendido en su acepción clásica alemana como "prohibición de exceso" (*Unterma*β*verbot*), comprende, en cambio, tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto [12]. Este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones

en los derechos fundamentales. Así lo ha adoptado también la jurisprudencia de este Colegiado [13].

28. En el examen del trato diferenciado resulta indispensable también el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, en el supuesto que dicho trato ha superado el examen a la luz de los principios de idoneidad y de necesidad. Justamente, la exclusión de la ponderación, en esta exigencia de razonabilidad-proporcionalidad, la convierte en insuficiente e imperfecta. La protección de los derechos fundamentales y, entre ellos, el de igualdad, impone que el examen de las intervenciones que se operan en ellos tenga que satisfacer plenamente, de ser el caso, también el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

29. En este contexto, la razonabilidad, en estricto, se integra en el principio de proporcionalidad. Uno de los presupuestos de éste es la exigencia de determinar la finalidad de la intervención en el derecho de igualdad. Por esta razón, lo específico del principio de razonabilidad está ya comprendido como un presupuesto del principio de proporcionalidad.

30. En síntesis, el principio de proporcionalidad ya lleva consigo, como presupuesto, la exigencia de razonabilidad y, por otra parte, integra adicionalmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

§3. El PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

31. En atención a la anterior, este Tribunal Constitucional considera que el examen de si una ley contraviene, o no, el principio de igualdad, debe ahora efectuarse en aplicación del principio de proporcionalidad. Como el Tribunal Constitucional alemán ha establecido, la eventual contravención del principio de igualdad a través de una ley implica un examen que "(...) de la simple prohibición de arbitrariedad alcanza hasta una estricta vinculación a la exigencia de proporcionalidad." [14] En esta misma línea, pero decantándose hacia una aplicación del principio de proporcionalidad y, conforme ya se sostuvo en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 0048-2004-PI/TC (Fundamento N.º 65), este Colegiado considera que el principio que ha de emplearse para examinar si un tratamiento diferente establecido por una norma comporta un trato discriminatorio, es el principio de proporcionalidad [15].

32. De esta forma, el principio de proporcionalidad que normalmente es empleado para examinar las intervenciones legislativas en los derechos constitucionales, ahora, es proyectado para examinar el supuesto concreto de una eventual contravención del derecho-principio de igualdad.

§4. ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN DE LA IGUALDAD

33. Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

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.

34. *La intervención en la igualdad*. La intervención consiste en una restricción o limitación de derechos subjetivos orientada a la consecución de un fin del poder público. En tanto supone una relación finalista, la intervención del legislador aparece como opción legislativa, un medio del que aquél se sirve para la obtención de un fin. 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.

35. *"Intensidad" de la intervención*. La intervención en el principio de igualdad puede presentar diferentes grados o intensidades. Ello puede conceptualmente representarse en una escala de tres niveles [16]:

- Intensidad grave.
- Intensidad media.
- Intensidad leve.

a) Una intervención es de *intensidad grave* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v. gr. derecho a la participación política) o un derecho constitucional.
b) Una intervención es de *intensidad media* cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2°, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

c) Una intervención es de *intensidad leve* cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.

36. La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional.

37. *La finalidad del tratamiento diferente*. El fin del tratamiento diferenciado comprende dos aspectos que deben ser distinguidos: 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.

38. *Examen de idoneidad*. La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin* [17]. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.
En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad –*medio*- y el *objetivo*, y (2) el de la relación entre *objetivo* y *finalidad* de la intervención.

39. *Examen de necesidad*. Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio* [18], esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.
Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de

efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios *idóneos*. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.
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.
En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación *o* que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional.

40. *Proporcionalidad en sentido estricto*. La proporcionalidad en sentido estricto o *ponderación* (*Abwägung*), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el *grado de realización u optimización del fin constitucional* y la *intensidad de la intervención en la igualdad*. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada *ley de ponderación* [19]. Conforme a ésta:
"Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro".
Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación –o no realización– de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la "afectación de la igualdad"- es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una *colisión* entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado.
Proyectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la *ley de ponderación* sería enunciada en los siguientes términos:
"Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional".
Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: *cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional.

41. *Forma de aplicación*. Los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en

sentido estricto o ponderación han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención; si la intervención en la igualdad -el trato diferenciado- no es idónea, entonces, será inconstitucional. Por tanto, como se afirmó, no corresponderá examinarlo bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado -la intervención- fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si aun en este caso, el trato diferenciado superara el examen bajo este principio, corresponderá someterlo a examen bajo el principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

§5. EXAMEN DE LA DISPOSICIÓN A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

§5.1 la INTERVENCIÓN EN EL PRINCIPIO IGUALDAD

42. El problema, aquí, consiste en determinar si el tratamiento distinto establecido por la disposición legislativa impugnada puede considerarse como una "intervención" en el derecho a la igualdad, esto es, como una intervención en la prohibición de discriminación. La disposición impugnada establece:
"Los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediatamente superior, así como aquellos postulantes que hayan cursado el programa de formación académica, tendrán una bonificación de hasta un 10% (diez por ciento) del total del puntaje obtenido".

43. La disposición impugnada reconoce el otorgamiento de una bonificación de hasta un 10% del total del puntaje obtenido. Se trata de una bonificación otorgada para abogados que han cursado el programa de formación académica y magistrados titulares. La norma comprende dos grupos de destinatarios: por un lado, magistrados titulares que ya son miembros del Poder Judicial y del Ministerio Público que pretender *ascender* en la carrera; por otro, abogados (en ejercicio liberal de la profesión e, incluso, magistrados suplentes y provisionales) que *postulan* a la magistratura y han seguido el programa de formación académica. A este grupo, conformado por personas que pretenden ascender y que postulan a la magistratura, se le asigna la mencionada bonificación. Será designado como *Grupo A.* El segundo grupo, al que no se concede la bonificación, está conformado por abogados (en ejercicio liberal de la profesión e, incluso, magistrados suplentes y provisionales) que también *postulan* a la magistratura, pero que no han recibido el programa de formación académica (PROFA). Sin embargo, este segundo grupo de "postulantes" comprende varios subgrupos: a) quienes postulan a la carrera de la magistratura desde el nivel inicial de Juez o Fiscal y b) quienes postulan al cargo de Vocal o Fiscal Superior, o, de Vocal o Fiscal Supremo. A este segundo conjunto de personas denominaremos *Grupo B.*

44. En consecuencia, tendríamos, por un lado: a) postulantes a la carrera de la magistratura con PROFA y, b), postulantes a la carrera de la magistratura sin PROFA; por otro: aspirantes al cargo de Vocal o Fiscal Supremo, o de Vocal o Fiscal Superior. Este grupo está conformado por: a) magistrados titulares que pretenden *ascender*, b), postulantes a

estos cargos con PROFA y, c), postulantes a estos cargos sin PROFA.
La relevancia de esta disección radica en que permite identificar los concretos grupos de destinatarios de la disposición diferenciadora para, así, precisar en qué consiste la diferencia en cada uno de ellos. De esta forma se tiene dos problemas concretos: (1) ¿es discriminatoria la concesión de la bonificación a postulantes, con PROFA, a la carrera judicial, respecto a aquellos sin PROFA?, (2), ¿es discriminatoria la concesión de la bonificación a magistrados titulares y postulantes con PROFA, para el cargo de Vocal o Fiscal, Superior o Supremo, con respecto a postulantes sin PROFA? Adviértase que este último problema exige tratar de modo separado el trato diferente entre (1) magistrados titulares frente a postulantes sin PROFA y, (2), postulantes con PROFA frente a postulantes sin PROFA. De modo diferente, el primer problema inquiere únicamente acerca del trato diferente entre postulantes con PROFA frente a postulantes sin PROFA. No obstante, este supuesto es parecido al segundo antes mencionado, por ello, puede reconducirse a él. Por lo tanto, se tendría dos pares de grupos cuyo trato diferente habría de examinarse: (1) magistrados titulares frente a postulantes sin PROFA, (2), postulantes con PROFA frente a postulantes sin PROFA. Los primeros miembros de cada par forman parte del *Grupo A* y los segundos del *Grupo B*.

45. ¿En qué consiste aquí la intervención en el principio derecho de igualdad? En el caso la intervención consiste en la introducción de un trato diferenciado en los destinatarios de la norma. Dicho trato diferenciado no concierne a los *requisitos* de los postulantes, sino a su *calificación*. Se trata de la introducción de una condición relacionada a la calificación del postulante: la bonificación de hasta un 10% sobre la calificación total obtenida a personas del *Grupo A*. ¿Cuál es la consecuencia de este trato diferenciado? El efecto de ello es la ventaja de las personas del *Grupo A* con respecto a las del *Grupo B*. Debido a la bonificación, las personas del *Grupo A* tienen mayor posibilidad de éxito de acceder al ejercicio del cargo de magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, con respecto a las personas del *Grupo B*. Supóngase que dos personas, una del *Grupo A* y otra del *Grupo B*, luego de la calificación total, han alcanzado ambos 70 puntos sobre 100. Represéntese el caso extremo donde, en base a la bonificación, la asignación de un 1% ó 0.5 %, ocasionaría concretamente un incremento en 0.7 ó 0.35 punto, respectivamente. La persona del *Grupo A* obtendría 70.7 ó 70.35 puntos a causa de la bonificación mientras que la persona del *Grupo B* permanecería con los 70 puntos. En este contexto, el aventajamiento en 0.7 o de 0.35 punto de la persona del *Grupo A* respecto a la otra, conduce a que aquella tenga mayor posibilidad de acceder a la magistratura. Este aventajamiento se incrementa si la bonificación concedida es mayor, por ejemplo, 10%; en cuyo caso -para volver al ejemplo citado-, la persona del *Grupo A* alcanzaría un total de 77 puntos; es decir, 7 puntos de aventajamiento respecto a la persona del *Grupo B*. Ahora bien, el resultado de este aventajamiento es simplemente que las personas del *Grupo A* podrán acceder al cargo de magistrado o ascender, mientras que las del *Grupo B*, quedarán postergadas. Lo que *prima facie* constituye sólo una bonificación, termina siendo una condición que deja al margen a las personas del *Grupo B*, para acceder a la magistratura. Se trata, así, de una intervención de *intensidad gravísima* en el derecho de

estas personas.
En síntesis, la intervención en el principio-igualdad consiste en una bonificación que otorga una mayor calificación de las personas del *Grupo A* respecto a las *Grupo B*. Por consiguiente, una mayor posibilidad de acceder al cargo de magistrado. Tal intervención favorece al *Grupo A*. La intervención representa aquí el "medio" adoptado por el legislador y que será objeto de análisis conforme al principio de proporcionalidad.

46. El rasgo común entre los componentes del *Grupo A* y del *Grupo B* reside en que se trata de *abogados* postulantes al cargo de magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público. En este contexto, ¿es discriminatoria la concesión de la bonificación al *Grupo A*, en detrimento del *Grupo B*?

§5.2 EL FIN DEL TRATAMIENTO DIFERENTE

47. Determinada la intervención en la igualdad que concretamente se produce en el caso, corresponde ahora determinar la finalidad del tratamiento diferenciado. El problema consiste aquí en determinar si el tratamiento diferente que la ley ha configurado respecto a dos grupos de destinatarios tiene o promueve un objetivo y un fin constitucional.

48. Para determinar la finalidad del trato diferente de la disposición impugnada ha menester inquirir acerca de la *ratio* de la Ley en la que está inspirada. La Ley N.º 27466, publicada el 30 de mayo de 2001, deja en suspenso y modifica determinados artículos de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura (suspensión del requisito del PROFA para postulación a magistrado, modificación relativa a la ratificación –artículo 1º–), deroga y modifica Disposiciones Transitorias y Finales de la Ley N.º 27368 –modificatoria también de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura– (artículo 3º), establece diversos aspectos concernientes al proceso de ratificación (artículo 2º, 1ª y 2ª Disposición Final y Transitoria), deroga una disposición de la Ley Orgánica de la Academia de la Magistratura (artículo 5º) y regula otros aspectos concernientes a formación, como la regulación del Convenio entre Academia de la Magistratura y Universidades (artículo 4º).

49. Como se aprecia, el conjunto de materias abordadas están orientadas a posibilitar el nombramiento y ratificación de magistrados. La *ocassio legis* es el de una presencia importante de magistrados provisionales. La provisionalidad de la judicatura es el problema que pretende ser enfrentado por el legislador a través de la modificación de aspectos que posibiliten un procedimiento más expeditivo para la incorporación de magistrados así como para su ratificación. El medio adoptado por el legislador es la flexibilización de requisitos.
La finalidad no es necesariamente la misma. La incorporación de magistrados está orientada a la satisfacción del derecho a la tutela jurisdiccional (desde el punto de vista subjetivo) y la potestad de administrar justicia (desde el punto de vista objetivo). Estos fines constitucionales no podrían ser cumplidos o realizados si no se incrementara el

número de magistrados. La provisión de magistrados es, así, un medio para la optimización del derecho a la tutela jurisdiccional y de la potestad de administrar justicia.
La ratificación de magistrados es, en cambio, un medio a través del cual se pretende la realización del principio de independencia (artículo 139°, inciso 2 Constitución). Sin embargo, en cuanto el asunto objeto de examen no concierne a la ratificación, esta finalidad debe ser excluida del análisis.
Lo anterior permite advertir la finalidad de la Ley de la que forma parte la disposición impugnada. Es dentro de este contexto finalístico donde ella debe entenderse. Se trata de la incorporación de magistrados en una situación de provisionalidad que urgía una atención inmediata.
Esta interpretación se corrobora si se observa el Expediente Público de la Ley N.º 27466 donde, en el Dictamen de la Comisión de Justicia, se advierte que "es necesario y urgente acabar con la provisionalidad de Jueces y Fiscales en el Poder Judicial y en el Ministerio Público" [20], concluyéndose seguidamente en la conveniencia de excluir la acreditación del PROFA, en cuanto requisito para la postulación al cargo de magistrado.
El Congreso, en la contestación de la demanda, ha afirmado que "La Ley N.º 27466 es una norma de naturaleza temporal, dada para solucionar el exceso de provisionalidad en el Poder Judicial y el Ministerio Público. (...)" (fojas 78).

50. El artículo 3º de la Ley N.º 27466, que modifica la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 27368, carece de una justificación específica que se halle consignada en el Expediente Público de dicha Ley. En el citado Dictamen se afirma que la propuesta de la bonificación se da "de conformidad con la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.º 27368." [21] Esta mención en el Dictamen permite advertir que la finalidad de la asignación de la bonificación cuestionada no tuvo una consideración específica, sino que se remitió a la que ya había inspirado a la disposición a la que modifica (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Ley N.º 27368). De acuerdo a esto queda sin precisar cuál fue la finalidad o la razón por la cual se asignó la bonificación a postulantes con PROFA. Por otra parte, tomando en cuenta la remisión antes señalada, la *ratio* de la disposición a la que modifica podría dar alguna explicación al respecto.
En efecto, en el Expediente Público de la Ley N.º 27368 se encuentra una referencia a la disposición impugnada en su versión originaria que concede la bonificación –"no menor del 10%"- únicamente para magistrados que ascendían. De ésta alguna referencia se puede obtener. Del estudio del Expediente Público de la Ley N.º 27368 se advierte que ella tuvo como origen un Proyecto presentado por el Consejo Nacional de la Magistratura junto con otros. Es justamente el Proyecto del Consejo donde se fundamenta la adjudicación de una bonificación en los siguientes términos: "Finalmente, una manera operativa *para que no resulta inútil la formación que brinde la Academia de la Magistratura*, es que los egresados de la misma cuenten con una bonificación en el puntaje de los procesos de selección de magistrados, el cual puede ser establecido en el Reglamento respectivo." (Apartado 3.2, numeral 6, cursiva del Tribunal Constitucional). El Proyecto

del Consejo no incluye, sin embargo, esta disposición en el texto articulado; lo cual, hay que entender, se deba a la remisión que se efectúa al respectivo Reglamento. Sin embargo, es en el Proyecto presentado por Congresistas –posterior al del Consejo- donde se incluye la mencionada bonificación en los mismos términos al comprendido en la Cuarta disposición Final y Transitoria. Este Proyecto legislativo no cuenta, sin embargo, con una exposición de motivos que justifique tal Disposición. No existiendo una justificación expresa del legislador, hay que entender que la expresada en el Proyecto del Consejo de la Magistratura fue adoptada también por el legislador de entonces.

51. Así las cosas, se advierte que la finalidad de la disposición de la bonificación fue "para que no result[e] inútil la formación que brinde la Academia de la Magistratura", de modo tal que los "egresados de la misma cuenten con una bonificación en el puntaje de los procesos de selección de magistrados". La finalidad sería, así, evitar que el curso del PROFA carezca de consecuencia alguna en el puntaje del proceso de selección debido a que durante ese periodo el requisito del PROFA se hallaba suspendido. Sería así la búsqueda de un criterio de justicia el que justificaría la asignación de la bonificación. La finalidad, así concebida, sería sin embargo, muy genérica y no aportaría, por ello, al esclarecimiento del examen de proporcionalidad. De modo diferente, el Congreso ha sostenido una tesis distinta.

52. **El objetivo del trato diferenciado a postulantes con PROFA**. Para el Congreso, la "finalidad" que justifica la "desigualdad" reside en "garantizar la *excelencia en el ejercicio de la carrera* de los jueces y fiscales y el acceso a dichos cargos por quienes se encuentran *debidamente preparados* para iniciar la carrera judicial (...)" (fojas 73, cursiva del Tribunal Constitucional). En concepto del Congreso, "si los jueces no están *instruidos* y no son *especialistas* en temas de función jurisdiccional, no la ejercerían en forma idónea" (fojas 74, cursiva del Tribunal Constitucional). La idea es entonces la conformación de una judicatura "instruida" y "especializada", la misma que conduciría a la idoneidad judicial. Instrucción o formación, por un lado, y especialización, por otro, son dos conceptos diferentes. Por esta razón tienen que ser considerados como dos fines mediatos distintos. Esta misma idea ha sido expresada por el Procurador del Congreso en la Audiencia Pública, cuando, en relación a la formación, manifiesta que "no se puede entender un Estado de derecho si el Poder Judicial no funciona bien, con abogados aspirantes *con formación* (…)" (énfasis del Tribunal Constitucional); luego, que la "finalidad de la norma" es "asegurar que los magistrados tengan una *formación adecuada*" (énfasis del Tribunal Constitucional). En la contestación de la demanda se afirma, en relación a la profesionalización de los aspirantes, que "la *especialización* viene dada por la Academia de la Magistratura"; a continuación afirma que "resulta necesario *profesionalizar* la magistratura" (fojas 74 a 75, cursiva del Tribunal Constitucional). En resumen, el tratamiento diferenciado tendría como finalidad la conformación de una *judicatura con formación adecuada* y *especializada*. La conformación de una judicatura con tales características constituye, así, el estado de cosas pretendido a través del tratamiento diferenciado. He aquí el *objetivo* de dicho tratamiento.

53. **El fin o finalidad del tratamiento diferenciado a postulantes con PROFA**. El Congreso estima que en la medida que la finalidad de la disposición cuestionada es garantizar la idoneidad de magistrados y que, si de conformidad con el artículo 151º de la Constitución, la Academia de la Magistratura tiene como función la formación y capacitación de jueces y fiscales "para efectos de su selección", "es razonable que esa previsión constitucional de aseguramiento de magistrados idóneos se vea reforzada mediante la bonificación de un 10% sobre el puntaje total obtenido (...)" tanto a magistrados que ascienden y postulantes con PROFA (fojas 75).
Como se aprecia, en concepto del Congreso, la *ratio* de la función de la Academia de la Magistratura sería garantizar la "idoneidad" de la magistratura. En consecuencia, la bonificación "reforzaría" esa finalidad; diríase: la bonificación cuestionada *optimiza* la idoneidad de la magistratura en cuanto fin constitucional implícito al artículo 151º de la Constitución, 1er párrafo. La idoneidad de la magistratura aparece aquí como un principio implícito al artículo 151º de la Constitución.
Indudablemente, al haber la Constitución instituido la Academia de la Magistratura, ello supone la adopción de un medio para garantizar la idoneidad de la magistratura, apareciendo así ésta como un principio implícito de la Constitución. Pero, además, el carácter implícito de este principio en el ordenamiento constitucional, 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 138º, 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.
Según lo anterior, tendríamos que el *objetivo* sería la conformación de un estado de cosas: la instauración de una *judicatura con formación adecuada* y *especializada*; la *finalidad* estaría constituida por la *idoneidad judicial* en cuanto fin constitucional a cuya prosecución se justifica el estado de cosas pretendido en el objetivo del trato diferenciado.

54. **El objetivo y el fin del trato diferenciado a magistrados**. Respecto a la bonificación otorgada a magistrados para el ascenso con respecto al grupo de postulantes a Vocal o Fiscal, Superior o Supremo, sin PROFA, el Congreso ha argumentado en su contestación que ello se justifica también en que la idoneidad de la magistratura se alcanza a través del ascenso de jueces con experiencia (fojas 72 y siguientes). Este mismo criterio ha sido reafirmado en la Audiencia Pública por parte del Procurador del Congreso. En efecto, refiriéndose a la bonificación a magistrados, sostuvo: "este grupo tiene experiencia en tanto que los magistrados ya han participado de la carrera en la magistratura y al igual que los fiscales tienen ya una cuota de experiencia en la resolución de conflictos".
Es decir, mientras que a los postulantes con PROFA se les reconoce la bonificación justificada en la preparación especializada que reciben (PROFA), sería la experiencia de los magistrados la que posibilitaría la idoneidad de la magistratura. En este supuesto, el *estado de cosas* pretendido, en cuanto objetivo del trato diferenciado, es la conformación de una *judicatura con experiencia*, lo cual estaría justificado en la prosecución del

principio *idoneidad de la judicatura*.

§5.3 EXAMEN DE LA *IDONEIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A MAGISTRADOS

55. Establecidos el objetivo y la finalidad del trato diferente, corresponde inquirir ahora por su idoneidad. En cuanto a la idoneidad del medio con el objetivo, ha de preguntarse: ¿Hay una relación de causalidad entre el *favorecimiento al Grupo A*, con experiencia -magistrados titulares-, con respecto al Grupo B para la conformación de una judicatura experimentada (objetivo)? El análisis de causalidad medio-fin debe elaborarse aquí sobre premisas empíricas.

56. Corresponde analizar entonces: (1) si la bonificación concedida a postulantes con PROFA es un medio conducente a la conformación de una *judicatura preparada*, (2), si la bonificación concedida a magistrados (para el ascenso) es conducente a la conformación de una *judicatura experimentada*.

57. Procede examinar ahora si el favorecimiento a magistrados frente a postulantes no magistrados constituye, o no, un medio conducente a la conformación de una *judicatura con experiencia*. La promoción de magistrados para el ascenso conduce evidentemente a la conformación de una judicatura provista de experiencia. Es decir, magistrados adiestrados en la función jurisdiccional como consecuencia de una permanencia relativamente dilatada en el tiempo en dicha actividad. Hay desde esa perspectiva idoneidad entre el trato discriminatorio -intervención- y el objetivo.

58. Corresponde ahora dilucidar si, además, hay idoneidad entre el objetivo y el fin. Es decir, si existe una relación entre la conformación de una judicatura con experiencia (objetivo) y la idoneidad de la judicatura (fin). Evidentemente, la experiencia desempeña un rol trascendente en el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional. Esto se infiere de la propia Constitución cuando establece, entre los requisitos para ser Vocal de la Corte Suprema, el de haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años (artículo 147°, inciso4). De modo diferente, a postulantes que no son magistrados se exige un periodo mayor en sus respectivas actividades (ejercicio libre de la abogacía o cátedra universitaria): quince años. La *ratio* de esta distinción parecería indicar que el propio Constituyente ha valorado la experiencia judicial como un elemento de mayor valor respecto a la experiencia en el ejercicio libre o en la cátedra universitaria para la magistratura. Esta conclusión debe empero ser relativizada. Se trata de un especial requisito para la más alta instancia del ejercicio de la magistratura (Vocales y Fiscales Supremos) que, por tanto, no puede ser proyectada a magistrados de instancias menores. La *ratio* se circunscribe a explicar un requisito de esta específica instancia judicial, no extensiva, por tanto, al de la segunda instancia –Vocales y Fiscales Superiores–.

59. Sin embargo, el nexo no es del todo exacto. La experiencia judicial constituye un

elemento que puede contribuir a la idoneidad judicial, pero se trata de un vínculo contingente. La idoneidad puede prescindir de experiencia judicial. La sola experiencia judicial no conduce necesariamente o, por definición, a la idoneidad. Por el contrario, el nexo no es contingente, sino totalmente exacto entre judicatura debidamente preparada e idoneidad judicial. Evidentemente, aún cuando una judicatura experimentada no es el único elemento que puede conducir a la realización de la idoneidad judicial, representa un medio que, entre otros, puede conducir al mismo. Por esto, puede concluirse afirmativamente en el sentido de que existe idoneidad entre el tratamiento diferenciado y el fin consistente en la consecución de la idoneidad judicial.

§5.4 EXAMEN DE LA *NECESIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A MAGISTRADOS

60. Superado el examen de idoneidad, procede, ahora, examinar el tratamiento diferenciado a la luz del subprincipio de necesidad. 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.

61. Los medios alternativos. El objetivo de la conformación de jueces con experiencia puede realizarse a través de la implementación de una preparación específicamente orientada a suministrar aspectos específicos que la experiencia judicial provee. Tal capacitación puede darse una vez que el postulante ya ha ingresado a la magistratura.

62. Por otra parte, la adopción de este medio no ocasiona una intervención en el principio-derecho de igualdad. Tanto magistrados como postulantes que no tienen tal condición pueden, en igualdad de condiciones, ascender o postular a la magistratura y puede, por otra parte, igualmente, alcanzarse la conformación de una judicatura con experiencia.

63. Un tratamiento discriminatorio en función de la experiencia no es conducente a la consecución de la idoneidad de la magistratura. Evidentemente, el legislador es libre de optar por cualquier medio conducente a la realización u optimización de un bien o principio constitucional como, en este caso, el de idoneidad de la judicatura; sin embargo, el medio adoptado no debe ser discriminatorio. En consecuencia, el tratamiento diferenciado no supera el test de necesidad.

§5.5 EXAMEN DE LA *IDONEIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A POSTULANTES CON PROFA

64. Corresponde ahora examinar el trato diferenciado entre postulantes con PROFA y postulantes sin PROFA ¿Hay una relación de causalidad entre el *favorecimiento al Grupo A*, con PROFA, con respecto al *Grupo B*, sin PROFA, para la conformación de una judicatura preparada (objetivo)?

65. El objetivo de este tratamiento diferenciado, conforme se analizó precedentemente, es la conformación de una *judicatura con formación adecuada* y *especializada*; la finalidad viene a ser la *idoneidad judicial* en cuanto fin constitucional a cuya prosecución se justifica el estado de cosas pretendido en el objetivo.

66. ¿Es conducente el favorecimiento de postulantes con PROFA, con respecto a los que carecen de él, a la conformación de una judicatura con *formación adecuada*? La respuesta es afirmativa. En efecto, la formación de magistrados es conducente a la conformación de una judicatura de tal naturaleza. Sin embargo, debe advertirse que el proceso de "formación" es mucho más amplio que el provisto por una capacitación postuniversitaria. La formación jurídica comprende la que se presta en la del nivel de pregrado como en la de postgrado, empero, es el pregrado la fase sustancial y de mayor importancia en la formación jurídica, lo cual no implica negar que los estudios ulteriores a los universitarios contribuirán al perfeccionamiento y profundización de la formación jurídica. Si por formación se entiende el aprestamiento en una actividad profesional determinada, ella se adquiere esencialmente durante los estudios universitarios. No obstante, puede afirmarse que, en vía de principio, una formación ulterior a la universitaria puede contribuir a la conformación de una judicatura adecuadamente formada. Aun cuando el vínculo no resulta del todo evidente, la presunción de constitucionalidad de la ley conduce a que se estime que el trato diferenciado guarda un vínculo de idoneidad con la conformación de una *judicatura adecuadamente formada* (objetivo).

67. ¿Existe una relación de idoneidad entre el objetivo –la judicatura adecuadamente *formada*- y la finalidad –idoneidad judicial–? La respuesta es también afirmativa. La conformación de una judicatura adecuadamente formada conduce a la realización del principio de idoneidad judicial. En consecuencia, el tratamiento diferenciado habría superado el examen del principio de idoneidad.

68. ¿Es conducente el favorecimiento de postulantes con PROFA, con respecto a los que carecen de él, a la conformación de una judicatura *especializada*? El concepto de especialización es muy específico, no se trata de una formación general cuando, más bien, de un adiestramiento en una actividad determinada. La formación brindada por la Academia está orientada justamente al adiestramiento del abogado en el ejercicio de la función jurisdiccional. El favorecimiento de postulantes con PROFA –el tratamiento diferenciado- es así conducente a la conformación de una judicatura especializada. Ahora bien, la conformación de una judicatura especializada, en cuanto objetivo, es conducente a la realización del principio de idoneidad judicial, el fin. En consecuencia, el tratamiento diferenciado examinado ha superado el examen bajo el subprincipio de idoneidad.

§5.6 EXAMEN DE LA *NECESIDAD* DEL TRATAMIENTO DIFERENTE A POSTULANTES CON PROFA

69. Superado el examen de idoneidad corresponde, ahora, examinar el tratamiento diferenciado a la luz del subprincipio de necesidad. Ha de analizarse, entonces: a) la existencia de medios alternativos igualmente idóneos para la realización del objetivo y, b), si ellos no afectan el principio de igualdad.

70. Los medios alternativos. La conformación de una judicatura adecuadamente *formada* y *especializada* puede alcanzarse a través de un medio que no implica la intervención en la igualdad. La conformación de una judicatura formada y especializada puede alcanzarse a través de la implementación del curso del PROFA, sin que para ello, empero, sea indispensable la adopción del trato diferenciado cuestionado. En efecto, el PROFA puede extenderse a abogados que ya han ingresado a la carrera judicial –en cualquier nivel- y han de iniciar el ejercicio de su función jurisdiccional. Justamente, antes de iniciar sus labores los magistrados incorporados podrían recibir la formación y especialización. Para cumplir este cometido, no es necesario acudir a un tratamiento contrario a la igualdad como el cuestionado. Si se pretende alcanzar una judicatura formada y especializada, este cometido puede realizarse a través de una vía que no suponga la adopción del medio aquí cuestionado. En suma, el medio aquí planteado es igualmente idóneo al examinado y, además, no ocasiona una intervención en la igualdad. El legislador disponía, al menos, de un medio alternativo igualmente idóneo al empleado que no contravenía la igualdad. En consecuencia, la disposición cuestionada no supera el examen bajo el subprincipio de necesidad y, por lo tanto, infringe el principio derecho de igualdad.

d. CONTROL *ABSTRACTO* DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS INFRALEGALES

71. Como se advirtió en el Fundamento N.º 15 de la presente sentencia, el “Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario” expedido por el Consejo Nacional de la Magistratura, reprodujo el contenido de la disposición legal que este Tribunal Constitucional ha estimado inconstitucional.

72. ¿Puede el Tribunal Constitucional pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal –como el citado Reglamento- a través del proceso de inconstitucionalidad? Adviértase que la cuestión planteada se refiere al control “abstracto” de constitucionalidad de la norma de jerarquía infralegal. Por el contrario, el control concreto de constitucionalidad de una norma infralegal por parte del Tribunal Constitucional no plantea problema alguno debido a que ella deriva del poder-deber de *control de inaplicabilidad* que habilita la Constitución (artículo 138°, 2do párrafo) a los “jueces” y, en tal sentido, al Tribunal Constitucional, con respecto a todo norma infraconstitucional, sea de jerarquía legal o infralegal. Es en este sentido que el CPConst ha establecido que “Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, (…)” (Artículo VI). Distinto es, en cambio, cuando de lo que se trata es del control “abstracto” de constitucionalidad de las normas infralegales.

73. De conformidad con la Constitución, el control abstracto de constitucionalidad de las normas con jerarquía de ley se efectúa a través del proceso de inconstitucionalidad (artículo 200°, inciso 4). Dicho proceso es de competencia del Tribunal Constitucional (artículo 202°, inciso 1). Por su parte, el control abstracto de constitucionalidad y legalidad de las normas de jerarquía infralegal se realiza a través del proceso de acción popular (Artículo 200, inciso 5). Dicho proceso es de competencia del Poder Judicial (Artículo 85, CPconst). En este contexto, el Tribunal Constitucional está prohibido del control abstracto de constitucionalidad de las normas de jerarquía infralegal debido a que el proceso constitucional establecido para tal efecto está reservado al Poder Judicial.

74. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí 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. De conformidad con el artículo 78° del CPConst, "La sentencia que declare la ilegalidad o inconstitucionalidad de la norma impugnada, declarará igualmente la de aquella otra a la que debe extenderse por conexión o consecuencia".

75. Según esta disposición, la norma a la que se extiende la inconstitucionalidad no se restringe a las que se encuentran en el mismo cuerpo normativo (Código, Ley sobre una materia específica) a la que pertenece la norma impugnada, pues no establece que la extensión de inconstitucionalidad hacia otras normas tenga que circunscribirse a las que se encuentran en el "mismo cuerpo normativo". Por lo tanto, las normas a las que puede extenderse la inconstitucionalidad son las que pertenecen a nuestro ordenamiento jurídico en su integridad, con total prescindencia de si ellas hacen parte o no del mismo cuerpo normativo de la norma impugnada. Según esto, si una norma inconstitucional por extensión se encuentra fuera del cuerpo normativo al que pertenece la norma impugnada, corresponderá también su declaratoria de inconstitucionalidad.

76. Una precisión adicional es que la disposición procesal citada no establece que la norma a la que se extiende la inconstitucionalidad tenga que ser de la misma jerarquía de la que es declarada inconstitucional. La advertencia de este aspecto adquiere singular relevancia si se advierte que las relaciones de conexidad y de consecuencia entre las normas no se producen únicamente entre normas de la misma jerarquía, sino también entre las que ostentan diferente jerarquía –v.gr. la relación entre Ley y Reglamento de desarrollo-. Esta circunstancia puede imponer que la constatación de la extensión de la inconstitucionalidad tenga que proyectarse a normas de jerarquía inferior.

77. Los supuestos en los que la declaratoria de inconstitucionalidad ha de extenderse a otras normas son, así, dos: conexidad y consecuencia. *Prima facie* y sin perjuicio de ulteriores precisiones que ha de efectuarse en la jurisprudencia de este Tribunal, estas relaciones pueden entenderse del siguiente modo. La relación de conexidad entre normas

consiste en que el supuesto o la consecuencia de una de ellas es complementada por la otra. O, si se prefiere, desde una perspectiva más general: que el régimen de una materia dispuesto en una norma es complementado, precisado o concretizado por otra. Por su parte, la alusión al concepto "consecuencia" supone una relación de causalidad, donde el contenido de una norma resulta instrumental en relación a otra. La relación de instrumentalidad que una norma tiene respecto a otra supone una relación de medio-fin, en la cual si la que desenvuelve el rol de fin es declarada inconstitucional, por lógica consecuencia, la que desempeña el rol de medio deviene también inconstitucional. La declaratoria de inconstitucionalidad de la "norma-fin" trae como consecuencia la inconstitucionalidad de la "norma-medio".

78. Existe empero un supuesto distinto consistente de relación entre normas en las que una redunda, reitera o reproduce la enunciada por otra que es la declarada inconstitucional. En tal supuesto, resulta lógico que aquella, al reproducir el contenido inconstitucional de la norma impugnada, es también inconstitucional y, por tanto, debe declararse su inconstitucionalidad. En sentido exacto, para emplear la dicotomía disposición-norma frecuentemente empleada por este Tribunal, se trata de dos "disposiciones" que expresan la misma norma. Desde esta perspectiva, en cuanto la declaración de inconstitucionalidad es respecto de la norma, todas las disposiciones que la enuncien o reproduzcan deben ser también declaradas inconstitucionales.

79. En este supuesto, no cabe hablar de que entre la disposición que enuncia la norma inconstitucional y la que la reproduce exista una relación de conexidad o de consecuencia, en los términos antes expuestos. Las relaciones de conexidad o de consecuencia presuponen por definición la existencia de normas "distintas", se dan entre normas "diferentes". Por el contrario, en el supuesto analizado se trata sólo de una reproducción o redundancia de una norma que ya ha sido declarada inconstitucional. Aquí, entre la norma declarada inconstitucional y la otra que reproduce su contenido no existe relación de conexidad o de consecuencia, sino una relación de identidad. En este sentido, este supuesto no se encuentra comprendido por la disposición procesal antes mencionada.

80. Ahora bien, aunque este supuesto no se halla comprendido en sentido estricto por el artículo 78° del CPConst, desde su literalidad, sí es posible, por el contrario, entender que ella subyace a la *ratio* de dicha norma. En efecto, si ella habilita la expulsión de normas distintas a la declarada inconstitucional, *a fortiori*, ha de admitirse la expulsión de otras normas que tienen el mismo contenido que la declarada inconstitucional. El citado artículo 78° constituye una excepción al principio procesal de congruencia, pero si el objeto del control abstracto puede ser extendido por el Tribunal a comprender normas distintas a la impugnada y declarada inconstitucional, con mayor razón esa consecuencia ha de proyectarse sobre otras disposiciones que reproducen el contenido de aquella.

81. Abona esta postura, además, el principio de coherencia del ordenamiento jurídico. Este principio deriva, a su vez, del principio de unidad del ordenamiento. Según este, las

normas que lo conforman deben integrarse armónicamente y, así, evitar contradicciones entre las mismas. Precisamente, el imperativo de no contradicción impone un mandato de coherencia entre las normas del ordenamiento. He aquí, el principio de coherencia. Resulta contrario a este principio permitir la presencia de una disposición que reproduce o contiene otra que está siendo declarada inconstitucional. Es incoherente que después de haberse constatado la inconstitucionalidad de una norma, se permita la presencia de otra disposición que reproduce el mismo contenido de la norma declarada inconstitucional.

82. Por último, refuerza adoptar la misma conclusión el principio de supremacía constitucional (artículo 51°, Const.). La fuerza pasiva de la Constitución o capacidad de resistencia frente a la fuerza innovadora de las demás fuentes del ordenamiento se vería severamente disminuida si ella no se irradia en todas sus consecuencias, no sólo sobre la disposición impugnada en el proceso de inconstitucionalidad, sino también sobre cualquier otra que tenga reproducido el contenido de aquella.

83. Por estas razones, el Tribunal Constitucional sí puede efectuar el control abstracto de constitucionalidad de una norma de jerarquía infralegal y, así, pronunciarse sobre su validez constitucional cuando ella reproduce el vicio de inconstitucionalidad –la infracción de la Constitución- de la norma de jerarquía de ley que es declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional. Esto resulta de recibo debido a que: "Si lo declarado inconstitucional es un precepto cuyo contenido se reitera en el reglamento de desarrollo, no cabe duda de que inconstitucional será también, por el mismo motivo, el o los correspondientes artículos reglamentarios" [22]. Y es que, como acertadamente se ha afirmado, "(...) si la inconstitucionalidad se predica de la norma, su declaración por el Tribunal Constitucional la expulsa del ordenamiento jurídico allí donde se encuentre; sea con forma de ley, sea con forma de reglamento" [23].

84. El mencionado "Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario" expedido por el Consejo Nacional de la Magistratura, contiene dos disposiciones relacionadas con la norma que este Tribunal ha considerado inconstitucional. El artículo 48º, primer párrafo, establece:
"Aprobados los promedios de las entrevistas personales por el Pleno del Consejo, se remiten a la Comisión para que elabore el correspondiente cuadro de calificaciones. El cuadro de calificaciones comprende: los promedios parciales de cada una de las etapas, del que resulta el promedio final, *al que se adiciona si corresponde el porcentaje de las bonificaciones dispuestas por las Leyes 27466* y 27050, ésta última modificada por la Ley N.º 28164" (cursiva del Tribunal Constitucional).
Este artículo establece la aplicación de la norma inconstitucional remitiéndose a la misma. Concretiza su contenido en la elaboración del cuadro de calificaciones. Esta relación de complementación y concretización que detenta con respecto a la norma inconstitucional configura el supuesto de conexidad. La inconstitucionalidad de esta norma se configura

únicamente en el extremo que se remite a la norma inconstitucional.

85. La Primera Disposición Final del Reglamento establece: "De conformidad con lo dispuesto en la Cuarta Disposición Transitoria de la Ley Nº 27368, modificada por el artículo 3 de la Ley N.º 27466, los magistrados titulares del Poder Judicial y del Ministerio Público que postulen al cargo inmediato superior y acrediten haber aprobado el curso para el ascenso seguido ante la Academia de la Magistratura, así como aquellos postulantes que hayan aprobado el programa de formación de aspirantes ante la citada Academia, tienen una bonificación de hasta el 10% (diez por ciento) sobre el total del promedio final a que se refiere el primer párrafo del artículo 48° del presente Reglamento. *El porcentaje se acuerda por el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura en cada concurso*" (cursiva del Tribunal Constitucional).

86. Esta disposición contiene dos normas. La primera –todo el texto con excepción del que está en cursiva- que reproduce el contenido de la norma inconstitucional, aunque en términos algo diferentes. La segunda –el texto en cursiva- que establece el órgano del Consejo que ha de adjudicar la bonificación. De estas dos normas, la primera constituye un supuesto de redundancia o reproducción de la norma inconstitucional; la segunda, en cambio, un caso de conexidad. Se trata de una relación de conexidad debido a que concretiza la norma inconstitucional al especificar el órgano que ha de adjudicar la bonificación inconstitucional.

87. En consecuencia, si en el Reglamento se tiene dos normas –artículo 48°, primer párrafo, la Primera Disposición Final, *in fine*- que guardan una relación de conexidad con la norma inconstitucional y otra norma –Primera Disposición Final- que reproduce el contenido de aquella, entonces, ellas también resultan inconstitucionales y, como tales, deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

VII. FALLO

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

HA RESUELTO

Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia **DECLARA INCONSTITUCIONAL**:

a) El artículo 3º de la Ley N.° 27466, en el extremo que modifica la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Ley N.° 27368 modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

b) El artículo 48°, primer párrafo, en el extremo que remite a la Ley N.° 27466, y la

Primera Disposición Final del "Reglamento de Concurso para la selección y nombramiento de jueces y fiscales y balotario" expedido por el Consejo Nacional de la Magistratura por Resolución N.° 989-2005-CNM.

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

Publíquese y notifíquese.

SS.

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

---

[1] Cfr. Diez-Picazo, Luis María, *La derogación de las leyes*, Edit. Civitas S.A., Madrid, 1990, p. 145, subrayado del Tribunal Constitucional.

[2] Pizzorusso, Alessandro, *Delle Fonti del Diritto. Artículo 1-9*, Zanichelli Edit., Bologna, Del Foro Italiano, Roma, 1977, p. 231.

[3] Patrono, Mario, "Legge (vicende della)", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. , Giuffrè, Milano, p. 905, nota a pie N.º 3.

[4] Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, p. 70. Texto en versión PDF accesible en la Biblioteca Jurídica Virtual: www.bibliojuridica.org. El texto original procede de 1928 ("La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle)" en *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, Année 1928, T. XLV, pp. 197-257, la cita recogida se halla en las páginas 234-235).

[5] Exp. N.º 0019-2005-PI/TC, FJ 5, 2º párrafo.

[6] Exp. N.º 0019-2005-PI/TC, FJ 5, 2º párrafo.

[7] Exps. N.° 0004-2004-AI/TC y otros (Acumulados), FJ 2, último párrafo.g.

[8] V. entre otras: Sentencia recaída en el Exp. N.º 0048-2004-PI/TC, Fundamentos N.º 59 a 61.

[9] V. entre otras: SSTC de los Exp. 1875-2004-AA/TC; 649-2002-AA/TC; 1277-2003-HC/TC.

[10] Alonso García, Enrique, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", en *Revista de Administración Pública*, N.º 100-102, Madrid, 1983, p. 37.

[11]
STC del Exp. 2235-2004-AA/TC, FJ 6, segundo párrafo.

[12]
A título de ejemplo puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional alemán –Primera Sala- de 16 de marzo de 1971: BVerfGE 30, 292 (pp. 316-317).

[13]
Así, entre otras, STC del Exp. 2235-2004-AA/TC, FJ 6, tercer párrafo.

[14]
BVerfGE 107, 27 (p. 45).

[15]
Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad al análisis de un trato discriminatorio. V. Brünning, Christoph "Gleichheitsrechtliche Verhältnismäβigkeit", en *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 669 y ss; Michael, Lothar "Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismäβigkeit – Zur Dogmatik des Über und Untermaβverbotes und der Gleichheitssätze", en *Juristische Schulung*, 2001, pp. 148 y ss.; Bernal Pulido, Carlos, "El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", en su volumen: *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 274 y ss.

[16]
Se toma al efecto la escala de intensidades de intervención propuesta en Alexy, Robert, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004, p. 60.

[17]
Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2000, pp. 28 y ss.

[18]
Clérico, Laura, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, op. cit., p. 74.

[19]
Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. de Ernesto Garzón V., CEPC, Madrid, 2002, p. 161.

[20]
Dictamen de la Comisión de Justicia, p. 8; en el: "Expediente Público de la Ley N.º 27466".

[21]
Dictamen de la Comisión de Justicia, p. 10; en el: "Expediente Público de la Ley N.º 27466".

[22]
Gómez Montoro, Ángel, "Artículo 40" (Comentario al), en Requejo Pagés, Juan Luis (Coordinador) AA. VV. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, p. 613.

[23]
Caamaño, Francisco. *El control de constitucionalidad de disposiciones reglamentarias*, CEC, Madrid, 1994, p. 151.