



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL PROCESO DE SELECCIÓN DE MAGISTRADOS EN EL PERÚ. CUANDO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PRETENDE LEGISLAR

Luis Castillo-Córdova

Perú, enero de 2007

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2007). El proceso de selección de magistrados en el Perú. Cuando el Tribunal constitucional pretende legislar. *Diálogo con la jurisprudencia*, 12 (100), 27-38.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Son ya varias las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional peruano ha abordado cuestiones referidas al significado y alcance del derecho fundamental a la igualdad, a través –principalmente– de procesos de inconstitucionalidad, procesos en los que se demandaba la inconstitucionalidad de determinado precepto legal argumentando la vulneración del derecho fundamental a la igualdad. La solución a estas cuestiones ha sido dada por el Tribunal Constitucional en aplicación del principio de proporcionalidad. Uno de esos casos quedó reflejado en la sentencia que resolvía acumulados el EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y el EXP. 0026–2005–PI/TC, ambos del 25 de abril de 2006, sentencia publicada en el peruano el 19 de agosto de 2006. Es precisamente sobre esta sentencia que versará el presente comentario jurisprudencial.

En la referida sentencia se resuelve acerca de la constitucionalidad del artículo 22 inciso c) de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. En este precepto legal se establecía que “El nombramiento de Jueces y Fiscales se sujeta a las siguientes normas: (...) c) Para ser considerado candidato y someterse al respectivo concurso, los postulantes deberán acreditar haber aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura”.

La cuestión general que se plantea y resuelve el Tribunal Constitucional es la de establecer si la medida que contiene el mencionado precepto legal es o no constitucional, por ajustarse o no al principio de proporcionalidad. A continuación se presentará la respuesta que ha esta cuestión ha dado el mencionado Alto Tribunal en la sentencia que se comenta ahora. Inmediatamente después se analizará tanto la respuesta como los fundamentos por la que el referido Tribunal llega a ella. El análisis estará dirigido principalmente a establecer si el Tribunal Constitucional se ha excedido o no en sus funciones jurisdiccionales al interferir o no en las funciones del Poder Legislativo.

II. RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A LA CUESTIÓN PLANTEADA

No interesa aquí la solución que en el referido caso da el Tribunal Constitucional a la excepción de cosa juzgada presentada por el Parlamento demandado, solución –por lo demás– de sustento altamente contestable, sino que interesará únicamente –y que no es poca cosa– el análisis de constitucionalidad –a través del principio de proporcionalidad– que manifiesta el Supremo intérprete de la Constitución peruana sobre el requisito para postular como magistrado judicial que exigía el apartado c) del artículo 22 de la Ley 26397 antes referido: haber aprobado satisfactoriamente los programas de formación académica impartidos por la Academia de la Magistratura (PROFA).

Luego de diferenciar –aunque afirmando una estrecha vinculación¹– el *principio–derecho* de igualdad recogido en el artículo 2.2 de la Constitución Peruana (CP) y el derecho

¹ Reconoce el Tribunal Constitucional que “el mandato de igualdad en el derecho de acceso a la función pública es una proyección específica del enunciado del art. 2, inciso 2) de la Constitución”. EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y EXP. 0026–2005–PI/TC, de 25 de abril de 2006, F. J. 39



constitucional implícito de acceso a la función pública en condiciones de igualdad², el Tribunal Constitucional admite que el establecimiento de requisitos para el acceso a la carrera judicial representa una forma de intervención en el derecho de acceso a la función pública. En particular, el requisito de acreditar la aprobación del PROFA representa una intervención en el contenido del derecho de acceso a la función judicial en condiciones de igualdad. Esta intervención ha dado “lugar a la conformación de dos grupos de *destinatarios de la norma*: abogados que han aprobado el PROFA y abogados que carecen de tal requisito. Designaremos al primero como *Grupo A* (con PROFA) y, al segundo, como *Grupo B* (sin PROFA)”³.

Debido a que los requisitos que se exigen para acceder a la función pública, significan una intervención en el contenido de un derecho fundamental, surge la necesidad de evaluar la constitucionalidad de los mencionados requisitos a través del principio de proporcionalidad. De forma que “los requisitos que no superen el examen del principio de proporcionalidad resultarán (...) inconstitucionales”⁴. En particular, se trata de evaluar si el requisito (la medida restrictiva del derecho de acceso a la carrera judicial en condiciones de igualdad) dispuesto en el mencionado artículo 22 inciso c) de la Ley 26397, se ajusta o no al principio de proporcionalidad.

Para ello el Tribunal Constitucional aplica los siguientes seis pasos en su evaluación⁵:

- 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”⁶.

En ejecución de los tres primeros pasos, el Tribunal Constitucional llega a establecer que el tratamiento legislativo diferente “consiste en el establecimiento de un requisito para la postulación a la función de magistrado (juez o fiscal)”⁷; el cual ha supuesto “una intervención de *intensidad grave*”⁸ en la igualdad; y que “el *objetivo* de la intervención ha sido la

² Se considera este derecho como uno de carácter implícito porque no se encuentra recogido expresamente por ningún precepto constitucional. A él se llega, de modo derivado e implícito, desde la Cuarta Disposición final y transitoria de la Constitución. En palabras del Tribunal Constitucional, es un derecho vigente en el ordenamiento jurídico peruano por estar “reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los que el Estado peruano es parte”. *Idem*, F. J. 24.

³ *Idem*, F. J. 67.

⁴ *Idem*, F. J. 57.

⁵ Se trata de los mismos seis pasos que el Tribunal Constitucional tiene previsto aplicar siempre que se afecte el *principio-derecho* de igualdad reconocido en el artículo 2.2 CP. Situación bastante curiosa esta –por no decir contradictoria– porque el Tribunal Constitucional se empeñó en diferenciar el principio-derecho de igualdad y el derecho de acceso a la función pública, para finalmente terminar aplicando un *test* de constitucionalidad propio del primer derecho y no del segundo.

⁶ EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y EXP. 0026–2005–PI/TC, citado, F. J. 65.

⁷ *Idem*, F. J. 68.

⁸ *Idem*, F. J. 73.

conformación de magistratura idónea, mientras que la *finalidad* ha sido el principio constitucional de idoneidad de la administración de justicia”⁹.

A continuación el Supremo intérprete de la Constitución se pregunta si el tratamiento legislativo diferente supera el examen de idoneidad (cuarto paso), a lo que concluye que “la exigencia de la aprobación del PROFA extendido por la Academia de la Magistratura es conducente a la consecución de una magistratura idónea. Es decir, ello posibilita que sean nombrados como magistrados abogados con formación especializada y de elevado nivel para la magistratura y, de esa forma, se pueda conformar una magistratura *idónea*. (...). Es decir, el requisito del PROFA constituye un medio adecuado para la conformación de una magistratura idónea”¹⁰.

Luego se aboca a establecer si el tratamiento legislativo diferente supera el examen de necesidad (quinto paso), a lo que concluye que no lo supera debido a que existe al menos una medida igualmente satisfactoria en la consecución de la finalidad, pero menos restrictiva del derecho fundamental intervenido. Así, manifiesta el Tribunal Constitucional que “[l]a realización del objetivo puede ser efectuado también a través de medios hipotéticos alternativos. El objetivo de conformación de una magistratura idónea puede alcanzarse proveyendo formación especializada a través del programa de formación académica a abogados antes de iniciar el ejercicio de la magistratura. En tal supuesto, el concurso para el ingreso a la magistratura queda abierto para todos los abogados y, luego, sólo aquellos que han ganado en el concurso y que han de desenvolverse en la magistratura reciben el curso del PROFA, condicionado su nombramiento como juez a la superación de tal curso”¹¹.

Que el tratamiento diferente recogido en el artículo 22, inciso c) de la Ley 26397 no satisfaga el juicio de necesidad, significa que estamos ante un dispositivo desproporcionado por innecesario y, por ello, inconstitucional. Por lo que el Tribunal Constitucional ya no realiza el juicio de proporcionalidad en sentido estricto (sexto paso), y termina declarando fundada la demanda de inconstitucionalidad planteada.

III. ANÁLISIS DE LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

1. Una medida innecesaria vulnera el derecho de igualdad

Del apretado resumen que se ha hecho de la respuesta y fundamentos que da el Tribunal Constitucional a la cuestión arriba planteada, se concluye que el dispositivo legal impugnado no sólo trae consigo un mero trato diferenciado según se pertenezca al grupo A o al grupo B, sino que en realidad se trata de una rechazable medida discriminatoria¹², debido a que es una medida inconstitucional por desproporcionada al no haber superado el juicio de necesidad. La aplicación del principio de proporcionalidad no es extraña en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹³. Según un extendido entendimiento de este

⁹ Idem, F. J. 84.

¹⁰ Idem, F. J. 87.

¹¹ Idem, F. J. 92.

¹² El Tribunal Constitucional diferencia entre trato diferenciado y trato discriminatorio. Cfr. HUERTA GUERRERO, Luis, “El derecho a la igualdad: su desarrollo en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú”, en MOSQUERA MONELOS, Susana (coordinadora), *El derecho fundamental de igualdad*, Universidad de Piura – Palestra editores, Lima 2005, ps. 76–79.

¹³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano”, en *Revista Peruana de Derecho Público*, número 11, julio–diciembre 2005, ps. 127–151.



principio, una medida es desproporcionada por innecesaria cuando es posible adoptar otra medida igualmente idónea pero menos restrictiva del derecho que la adoptada finalmente¹⁴.

Para el Tribunal Constitucional frente a la medida contenida en el artículo 22, inciso c) de la Ley 26397, existe al menos otra medida igualmente idónea pero menos restrictiva que ésta del derecho de acceso a la función judicial en condiciones de igualdad. Esta medida alternativa consiste en no exigir la aprobación del PROFA antes sino después de superado el “concurso público de méritos y evaluación personal” por parte del Consejo Nacional de la Magistratura al que se refiere el artículo 154.1 CP. A entender del mencionado Tribunal, “[e]l objetivo de conformación de una magistratura idónea puede alcanzarse proveyendo formación especializada a través del programa de formación académica a abogados antes de iniciar el ejercicio de la magistratura”¹⁵. El acceso a la función pública en este supuesto queda “condicionado (...) a la superación de tal curso”¹⁶. Esta medida permite que “el concurso para el ingreso a la magistratura qued[e] abierto para todos los abogados”¹⁷, lo cual –siempre a entender del Supremo intérprete de la Constitución peruana– “no ocasiona afectación en el derecho de acceso a la función pública de quienes carecen del PROFA”¹⁸, pues “la totalidad de abogados que deseen intervenir en el concurso para el cargo de magistrado, pueden efectuarlo”¹⁹.

De esta forma se tiene una medida del legislador (contenida en el artículo 22.c de la Ley 26397) y una medida sugerida por el Tribunal Constitucional. La medida legislativa es igualmente efectiva en la consecución de la finalidad propuesta, pero más restrictiva del derecho de acceso a la función pública que la medida propuesta por el referido Alto Tribunal. Por esta razón, el Tribunal Constitucional considera que el trato diferenciado contenido en la medida legislativa es un trato discriminatorio debido a que es desproporcionada –y por ello inconstitucional– por innecesaria. Pero, ¿realmente nos encontramos ante una medida innecesaria?

2. Superación del PROFA como un requisito para ser nombrado juez

A) Un acierto

Corresponde ahora analizar si efectivamente estamos ante una medida igualmente efectiva y menos restrictiva del derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Nada hay que objetar a la consideración del Tribunal Constitucional de que es necesaria la superación de un curso o programa de formación antes de que los aspirantes a la magistratura sean nombrados jueces o fiscales e inicien el ejercicio de su función. Si bien es cierto en el artículo 151 CP se habla de que la Academia de la Magistratura tiene a cargo “la

¹⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El principio de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico peruano. Especial referencia al ámbito penal”, en MALLAP, Johnny (editor), *Tendencias modernas del Derecho*, Normas Legales, Trujillo, septiembre 2004, ps. 155–180.

¹⁵ EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y EXP. 0026–2005–PI/TC, citado, F. J. 92.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Idem*, F. J. 93.

¹⁹ *Ibidem*.

formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles”, lo que haría pensar en que los cursos de formación deberían tener lugar sólo una vez que el aspirante haya sido nombrado juez o fiscal, existen dos razones que apuntan en la dirección de considerar también como exigencia constitucional la superación previa de los cursos de formación.

La primera razón es una de carácter estrictamente jurídico constitucional. El mismo artículo 151 CP ha establecido que los cursos de formación deben realizarse por los aspirantes a magistrados “para los efectos de su selección” lo cual nos coloca en una situación previa al nombramiento como jueces o fiscales. En efecto, la superación de estos estudios determinará los aspirantes que han de ser nombrados como jueces y fiscales y los que no, es decir, se constituye en un criterio de selección. La segunda razón es más bien de tipo político. A nadie se le escapa que la preparación profesional de los egresados de las Facultades de Derecho del Perú no siempre es la adecuada, y muchas veces ni tan siquiera la deseada como mínima. Este dato fáctico hace necesaria la exigencia de un curso formativo, que dote al futuro magistrado del conocimiento y herramientas especializadas para realizar su labor jurisdiccional²⁰.

Por estas razones, hay que reconocer que el Tribunal Constitucional acierta cuando exige en definitiva que la superación del curso de formación se realice de modo previo al nombramiento del aspirante como juez o fiscal.

B) Lo objetable

Sin embargo, hay algo de envergadura que objetar a la postura del Tribunal Constitucional. Este Máximo Tribunal de la Constitución peruana, no parece acertar cuando considera que la aprobación del PROFA exigido antes del concurso público y la evaluación personal al que se refiere el artículo 154.1 CP, significa una vulneración del derecho constitucional de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. Esta vulneración no se presentaría, dice el mencionado Tribunal, si el requisito de aprobar el PROFA se exige luego del mencionado concurso público, pero siempre antes del nombramiento como juez o fiscal del aspirante. Lo que a continuación intentaré hacer notar es que este parecer del Tribunal Constitucional se construye con base en una grave incoherencia.

Como se ha explicado antes, el Tribunal Constitucional considera que la medida legislativa (exigir la aprobación del PROFA antes del concurso público) es inconstitucional por desproporcionada al existir una medida igualmente eficaz aunque menos restrictiva del derecho de acceso a la función judicial. Esa medida es permitir que tanto los abogados que tienen aprobado el PROFA como los que no, puedan acceder al concurso público y a la evaluación personal; para que sólo a los que han superado este concurso y evaluación pueda exigírseles la aprobación del PROFA a fin de ser nombrados jueces o fiscales. Es bien claro el Supremo intérprete de la Constitución peruana en este punto al manifestar en relación a

²⁰ Bien es verdad que este curso formativo no logrará superar todas las carencias de los aspirantes a magistrados, pero sin duda que tomado seriamente ayudará no sólo a identificar y desechar los casos de abogados que en ningún caso servirían para ejercer la función judicial, sino que además podría servir para superar las carencias más urgentes de los aspirantes que muestran capacidades y habilidades para la función judicial.



quienes hubiesen superado el concurso público de méritos y la evaluación personal para el cargo de juez (o fiscal) y en relación al PROFA que queda “condicionado su nombramiento como juez a la superación de tal curso”²¹. No hay juez ni fiscal, por tanto, sin antes haberse aprobado previamente el curso PROFA.

Si se aprecia bien, se podrá advertir que tanto la medida legislativa como la medida sugerida por el Tribunal Constitucional tienen algo en común: ambas consideran que la superación del PROFA debe verificarse antes del nombramiento como juez o fiscal del aspirante. La diferencia radica en que la medida legislativa prevé que la superación del PROFA se realice antes del concurso público, y la medida sugerida por el Tribunal Constitucional, después. En esta diferencia radica la razón de la inconstitucionalidad de la medida legislativa. En efecto, la medida legislativa es declarada inconstitucional no por exigir la aprobación del PROFA, sino por exigirlo antes del concurso público.

Pero, ¿es inconstitucional exigir la aprobación del PROFA antes del concurso público? Esta cuestión necesariamente obliga a preguntarnos por el mandato constitucional a este respecto. Como se ha argumentado antes, del artículo 151 CP se concluye que la superación del PROFA debe acreditarse antes de que el aspirante sea nombrado juez o fiscal. El Tribunal Constitucional así lo ha confirmado y –como se ha dicho– no hay nada que objetar a este respecto. De igual forma, del artículo 154.1 CP se concluye que el aspirante a la magistratura deberá superar un concurso público y una evaluación personal. Por lo que ahora interesa destacar, por tanto, dos requisitos a cumplir por los aspirantes a la magistratura brotan de la norma constitucional: la superación de los cursos de selección que imparta la Academia de la magistratura (artículo 151 CP), y la superación del concurso público y evaluación personal (artículo 154.1 CP). La Constitución no dice nada acerca de cual de estos dos requisitos deba exigirse primero y cual después.

El Tribunal Constitucional ha intentado –luego veremos si legítimamente o no– llenar este vacío. Y fruto de ese intento ha concluido que es inconstitucional exigir primero la superación del PROFA y luego el concurso público y la evaluación personal. Lo constitucional, ha sugerido, es precisamente lo contrario: exigir primero la superación del concurso público, y después la superación del PROFA. Y la razón principal de esta conclusión es que la medida legislativa es desproporcionada por innecesaria, pues supone una mayor restricción del derecho fundamental de acceso a la función judicial. Pero, –utilizando la lógica del Tribunal Constitucional de derechos fundamentales que se *restringen*²²– ¿solicitando antes del concurso público la aprobación del PROFA se restringiría realmente mucho más el derecho de acceso a la función judicial que si se exigiese después?

La respuesta a esta pregunta supone diferenciar algo que el Tribunal Constitucional confunde: la postulación a la carrera judicial y el acceso a la carrera judicial. Es verdad que

²¹ EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y EXP. 0026–2005–PI/TC, citado, F. J. 92.

²² No es el momento de exponer una crítica a la consideración de los derechos fundamentales como realidades que se expanden ilimitadamente y que exigen de restricciones o limitaciones desde fuera para poder ser ejercitados. Sobre esta crítica cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales. Elementos para una teoría general*, 2ª edición, Palestra, Lima 2005, ps. 371–470.

el acceso depende de los requisitos que se exijan para la postulación, pero una y otra son cosas distintas. Antes de que se verifique el acceso a la magistratura tendrá que desarrollarse un proceso de selección, que –como se ha dicho– al menos debe contar con dos etapas: la superación del PROFA y la superación del concurso público y evaluación personal. La Constitución no ha establecido (no ha ordenado ni prohibido) cual etapa debe ocurrir primero, tampoco el valor de cada una de ellas, eso lo ha dejado a la valoración y decisión del legislador como parte de su poder de configuración, al que se hará referencia más adelante. Sea cual fuese el inicio del proceso de selección (si la superación del PROFA o del concurso y evolución), lo exigible es que el aspirante pueda participar en él en condiciones de libertad e igualdad. Y ni la libertad ni la igualdad se afectan cuando el legislador decide que el proceso de selección se inicia con la aprobación del PROFA y continua con el concurso y la evaluación, y hace de la primera etapa una de carácter eliminatorio de candidatos²³.

Por lo demás, un razonamiento adicional consolida esta respuesta. Se trata del hecho de que el Tribunal Constitucional ha afirmado que la exigencia de aprobar el PROFA antes del concurso público genera un trato discriminatorio (por inconstitucional al no haber superado el principio de proporcionalidad en su juicio de necesidad) entre los abogados que han aprobado el PROFA (grupo A), y los abogados que no han aprobado el PROFA (grupo B). Pues bien, no se da cuenta el Alto Tribunal que este mismo trato discriminatorio se terminaría configurando de exigirse –tal y como él lo propone– la aprobación del PROFA luego de la superación del concurso público y antes del nombramiento de juez. En efecto, una vez superado el concurso público nuevamente aparecerán conformados dos grupos de abogados a efectos de acceder efectivamente a la carrera judicial: los abogados que han superado el concurso público de méritos y evaluación personal, así como el PROFA (grupo A), y los abogados que han superado el concurso público de méritos y evaluación personal, pero que no han superado el PROFA (grupo B). Consecuencia de este trato diferenciado será que sólo los miembros del grupo A accederán a la carrera judicial, y los miembros del grupo B no. ¿No es acaso este trato diferenciado el mismo que fue calificado como inconstitucional por el Tribunal Constitucional?

Y es aquí donde aparece la incoherencia del razonamiento del mencionado Alto Tribunal: afirmar que la exigencia de aprobar el PROFA antes del concurso público y evaluación personal vulnera el derecho de acceso a la función judicial en condiciones de igualdad, pero que no lo vulnera si se exige después. O la exigencia de aprobar el PROFA es constitucional o no lo es. La constitucionalidad de esta exigencia no viene determinada por el momento en el que se le requiere, siempre y cuando sea antes del nombramiento como juez o fiscal de los aspirantes. Si se considera inconstitucional la exigencia de aprobar el PROFA, no se podrá exigir ni antes ni después del concurso público, lo contrario es una gravísima incoherencia. Si, por el contrario, se considera constitucional la exigencia de aprobar el PROFA, seguirá

²³ Se presume que no se exige ningún requisito que suponga un trato discriminatorio para acceder a los cursos de la Academia de la Magistratura. Este punto en concreto no se ha discutido en la sentencia y tampoco se hará en este comentario jurisprudencial.



siendo constitucional independientemente de que se solicite antes o después del concurso público.

Por lo que se acaba de argumentar, la medida sugerida por el Tribunal Constitucional –nuevamente utilizando su lógica de derechos que se *restringen*– no es menos restrictiva del derecho de acceso a la función judicial que la medida establecida por el legislador. Ambas son igualmente restrictivas del derecho en tanto que ambas exigen la aprobación del PROFA antes de que el aspirante o postulante acceda de modo efectivo a la carrera judicial a través de su nombramiento como juez o fiscal. Dicho de otra forma, esta vez según un mejor entendimiento de los derechos fundamentales y del principio de proporcionalidad, la exigencia de que el aspirante haya superado el curso PROFA antes de su nombramiento, no impide el pleno ejercicio del derecho de acceso a la función pública (judicial), en tanto no forma parte del contenido constitucional de este derecho fundamental la pretensión de que no se realice el PROFA antes del concurso público y de la evaluación personal del postulante porque la Constitución no lo exige.

Por lo tanto, es incorrecto afirmar que la medida establecida por el legislador en el artículo 22 inciso c) de la Ley 26397 es desproporcionada por innecesaria y por ello inconstitucional. Se trata de una medida que además de ser igualmente idónea para la consecución de la finalidad de “idoneidad de la administración de justicia”²⁴, es igualmente necesaria que la medida sugerida por el Tribunal Constitucional. Y es que a efectos del contenido constitucional del derecho de acceso a la función judicial en condiciones de igualdad y de su posible vulneración, da igual que primero se realice el curso PROFA y luego el concurso de selección (como lo ha dispuesto el legislador), o primero el concurso de selección y luego el curso PROFA (como lo sugiere el Tribunal Constitucional). Lo cual significa que el legislador podrá válidamente decidir una u otra opción.

Si esto es así, conviene plantear una cuestión adicional: la sentencia de inconstitucionalidad emitida por el Tribunal Constitucional, ¿significa una interferencia en la actividad legislativa del Parlamento? A intentar resolver esta cuestión se destina el siguiente apartado.

IV. ANÁLISIS DE LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: INTERFERENCIA EN LA FUNCIÓN LEGISLATIVA DEL PARLAMENTO

1. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico*

A) Sobreconstitucionalización e infraconstitucionalización

Dicho esto hay que afirmar que la aquí argumentada consideración de la medida legislativa por la cual se exigía la superación del PROFA antes de la realización del concurso público y de la evaluación personal, como una medida constitucional, no dice nada ni a favor ni en contra de su conveniencia ni de su real eficacia. En efecto, una cosa es la constitucionalidad de una medida y otra bien distinta es su mayor o menor conveniencia o efectividad. Lo primero es tarea a determinar por el Tribunal Constitucional, y lo segundo es una decisión

²⁴ EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y EXP. 0026–2005–PI/TC, citado, F. J. 84.

política que corre por cuenta del Parlamento como órgano legitimado para ello por tener atribuido el carácter representativo propio y genuino de todo sistema democrático. Este es el punto de partida para argumentar que el pronunciamiento que ahora se comenta representa –por desgracia– una nueva extralimitación en el accionar de nuestro Supremo intérprete de la Constitución.

La consideración de la Constitución como un orden abierto o como un orden de valores, puede desencadenar una sobreconstitucionalización del ordenamiento jurídico. A esta situación hizo referencia Forsthoff con su conocida ironización de la Constitución como un huevo jurídico originario (*juristisches Weltenei*) “del que todo surge, desde el Código Penal, hasta la Ley sobre la fabricación de termómetros”²⁵. En este sentido, la Constitución sería concebida como una fuente de la que procedería todas las respuestas a las distintas cuestiones jurídicas que pudiesen plantearse, con otras palabras, una realidad que contendría en sí misma todo el ordenamiento jurídico. Para este modo de entender la Constitución, “[e]l legislador parece haber perdido así prácticamente toda su autonomía, ya que su actividad se agota en la mera definición o concreción de lo previamente decidido en la Constitución”²⁶.

Inversamente, un entendimiento de la Constitución como mero orden marco puede dar lugar a una infraconstitucionalización del ordenamiento jurídico. En este entendimiento, la Constitución se concibe como una fuente de la que brota solamente los límites de lo *permitido* y lo *prohibido* al legislador, quien será el legitimado para decidir el llenado del amplio espacio que conforma lo meramente *posible*. Consecuentemente, en este entendimiento, al Tribunal Constitucional “le está vedado por principio la intervención en el proceso de llenado de dicho marco”²⁷.

B) Una moderada constitucionalización

Como un alternativa a estas posturas extremas se ha presentado la doctrina de los márgenes de acción de Alexy, para quien “una buena Constitución tiene que combinar estos dos aspectos; debe ser tanto un orden fundamental como un orden marco”²⁸. Esta combinación podrá lograrse adecuadamente “si, en primer lugar, la Constitución ordena y prohíbe algunas cosas, es decir, establece un marco; si, en segundo lugar, confía otras cosas a la discrecionalidad de los poderes públicos, o sea, deja abiertos márgenes de acción; y, en tercer lugar, si mediante sus mandatos y prohibiciones decide aquellas cuestiones fundamentales para la sociedad que pueden y deben ser decididas por una Constitución”²⁹. De entre estos

²⁵ FORTSHOFF, Ernst, *El estado de la sociedad industrial*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242.

²⁶ CRUZ, Luis, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada 2005, p. 95.

²⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental”, en BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden Baden – Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 137.

²⁸ 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. 31.

²⁹ *Ibidem*.



márgenes destacan tres (márgenes de acción estructural): el margen para la fijación de fines, el margen para la elección de medios, y el margen para la ponderación³⁰.

A estos márgenes de acción a favor del legislador ha hecho referencia el Tribunal Constitucional alemán, con expresiones como “amplio margen que deja la Constitución”³¹ (*die Verfassung einen weiten Spielraum läßt*), “margen de apreciación, valoración y configuración”³² (*Ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum*), “margen de juicio”³³ (*Beurteilungsspielraum*), “margen de decisión”³⁴ (*Entscheidungsspielraum*), “un amplio margen de libre configuración”³⁵ (*ein weiter Gestaltungsfreiraum*), “un margen de pronósticos”³⁶ (*Prognosespielraum*), “un especial trascendental prerrogativa de juicio y de pronóstico”³⁷ (*ein besonders weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang*).

Esta misma idea puede encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, quien ha hablado de “amplio margen de configuración legal de que goza el legislador”³⁸ y de la “libertad de configuración del legislador”³⁹. Precisamente, este amplio margen de libertad de configuración fue reconocido al legislador por el Alto Tribunal español en un caso que trataba acerca del derecho fundamental de acceso a la función pública reconocido por el artículo 23.2 CE⁴⁰. En este caso, admitió el mencionado tribunal que el artículo 23.2 CE reconocía un “muy amplio margen de libertad que confiere al legislador para regular el ejercicio del derecho, esto es para configurar el sistema mediante el que se produce en la práctica el acceso a tales cargos y funciones públicas”⁴¹. Incluso, tiene incorporado como criterio hermenéutico el que “la libertad de configuración del legislador (...) debe presidir el control de constitucionalidad”⁴² que –por ejemplo– tenga que realizar el Tribunal Constitucional.

En esta misma línea el Tribunal Constitucional peruano ha reconocido al legislador un margen de decisión para elegir los medios con los que ha de conseguir una determinada finalidad. Ha manifestado el referido Alto Tribunal que “[e]l legislador detenta en el ejercicio de su función una libertad de configuración que le habilita adoptar cualquier medio para alcanzar el objetivo propuesto. La adopción de los medios que considere conveniente es, así, consustancial a su función legisferante, máxime en el contexto de una *Constitución abierta*

³⁰ Idem, ps. 32 y ss.

³¹ BVerfGE 89, 214 (234).

³² BVerfGE 88, 203 (262).

³³ BVerfGE 90, 145 (173).

³⁴ BVerfGE 95, 335 (350).

³⁵ BVerfGE 97, 167 (176).

³⁶ BVerfGE 50, 290 (332).

³⁷ BVerfGE 87, 363, (383).

³⁸ STC 191/2005, de 28 de julio, F. J. 7.

³⁹ STC 194/2006, de 19 de junio, F. J. 5.

⁴⁰ Se ha reconocido en este dispositivo constitucional que “[a]simismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”.

⁴¹ STC 75/1985, de 21 de junio, F. J. 4.

⁴² STC 112/2006, de 5 de abril, F. J. 6.

y de una *Constitución como proceso público*⁴³. Y no se equivoca el Supremo intérprete de la Constitución peruana en este reconocimiento, pues si bien la Constitución es un orden abierto de valores, cuyas disposiciones están conformadas por normas abiertas y generales que requieren de determinación; también es cierto que de la Constitución no proceden todas las respuestas a todas las cuestiones jurídicas, o todas las soluciones a todos los conflictos jurídicos, o todas las normas del entero sistema jurídico, sino que reconoce un margen de acción al legislador a través de la cual el Parlamento ejerce su atribuida función de configuración del ordenamiento jurídico.

Es verdad que el poder político –y, por tanto, el legislador– está vinculado a la Constitución y, por tanto, a los derechos reconocidos constitucionalmente (artículo 45 CP)⁴⁴. Pero esto no puede servir de excusa para desconocer al Parlamento sus competencias configuradoras del ordenamiento jurídico, y mucho menos para arrogarse un órgano distinto –como el Tribunal Constitucional– potestades que no le corresponden. Del reconocimiento y respeto estricto y efectivo de este margen de actuación al legislador, dependerá no sólo el prestigio del Tribunal Constitucional, sino también –y lo que es sin duda mucho más importante– la existencia del Estado peruano como un verdadero Estado democrático de Derecho, en el que se respeta las facultades reconocidas por el Poder constituyente al órgano depositario de la representación nacional que es el Parlamento.

En efecto, si el Supremo intérprete de la Constitución empieza a asumir competencias que no le corresponden, por ejemplo, decidiendo sobre asuntos que legítimamente debe decidir el legislador, generará roces cuando no verdaderos choques con el Parlamento, con la consiguiente deslegitimación material de su actuación, deslegitimación tanto ante el Parlamento (que es quien elige a los magistrados del Tribunal Constitucional), como ante la población (titular primero del poder estatal), por no ser estricto respetuoso del vital principio de división de poderes reconocido constitucionalmente. Hoy en día es admitida la posición constitucional del Tribunal Constitucional como supremo intérprete y velador de la Constitución, pero a la vez si realmente nos interesa –y es algo que nos debería interesar a todos– no sólo la consolidación del Tribunal Constitucional como institución constitucional autónoma e independiente (artículo 201 CP), sino también el adecuado ejercicio de su poder a través de un adecuado cumplimiento de sus funciones, no debemos ignorar las nefastas consecuencias que para el sistema jurídico y para el orden político puedan originarse de una extralimitación en su actuación⁴⁵.

⁴³ EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y EXP. 0026–2005–PI/TC, citado, F. J. 97.

⁴⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, Tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, ps. 879–901.

⁴⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. “*Quis custodit custodes*. Los riesgos que implica la justicia constitucional”, en *Actualidad Jurídica* (Gaceta Jurídica), Tomo 149, abril 2006, ps. 133–139.



2. Fundamentos para afirmar la extralimitación del Tribunal Constitucional en el caso que se analiza

A) Las conveniencias de la medida sugerida por el Tribunal Constitucional

Dicho esto habrá que preguntarse por las razones que llevan a considerar en la sentencia que se comenta ahora, que el Tribunal Constitucional se ha excedido en el ejercicio de su poder fiscalizador, al punto que ha llegado a interferir inconstitucionalmente en la función configuradora que tiene atribuida el Parlamento. Como se recordará, el mencionado Tribunal ha declarado inconstitucional el artículo 22 inciso c) de la Ley 26397 en el que se establecía una medida: que se superase el curso PROFA antes del concurso público y la evaluación personal dispuesta por la Constitución (artículo 154.1 CP). En su lugar, ha sugerido una medida alternativa (menos restrictiva –a su entender– del derecho de acceso a la función pública): que primero se supere el concurso público y la evaluación personal, y sólo a quienes hayan aprobado el concurso y la evaluación, se les exija la aprobación del curso PROFA.

De esta segunda medida el Tribunal Constitucional no sólo ha intentado sustentar su inconstitucionalidad (al considerarla como una medida innecesaria y, por ello, desproporcionada), sino que además ha manifestado juicios de conveniencia, juicios que – como se dirá inmediatamente– no parecen tomar en cuenta la concreta situación del ámbito judicial peruano, situación que –en todo caso– no le corresponde a él valorar. Estas razones de conveniencia han quedado patentes cuando el Supremo intérprete de la Constitución ha expuesto como ventajas de la medida por él propuesta, el hecho de que “sólo aquellos que han ganado en el concurso y que han de desenvolverse en la magistratura reciben el curso PROFA”⁴⁶. Esto resulta siendo una conveniencia debido a que “[l]a formación no se extiende a todos quienes pretendan ser magistrados, sino únicamente a quienes están próximos a ser magistrados”⁴⁷. Y es que “[l]a formación extendida a todo abogado que pretenda ser magistrado *carece de sentido* dado que del conjunto de los que reciban tal formación, sólo un restringido grupo accederá a la magistratura, de modo que se llega al *contrasentido* de formar como magistrados a personas que, en definitiva y por definición, no han de ser magistrados”⁴⁸.

B) Ejemplificación de la medida sugerida por el Tribunal Constitucional: El caso español

Esta medida propuesta por el Tribunal Constitucional ha sido ejemplificada por él mismo en el ordenamiento jurídico español. En el sistema español de designación de magistrados, uno de los procedimientos de acceso a la carrera judicial –el que aquí interesa destacar ahora–, se compone de dos etapas: la primera, la superación de una oposición ante un tribunal constituido para estos efectos⁴⁹; la segunda, la superación de un curso teórico y práctico en

⁴⁶ EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y EXP. 0026–2005–PI/TC, citado, F. J. 92.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*. La cursiva de la letra es añadida.

⁴⁹ En el artículo 304.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial español se dispone que “[e]l tribunal que evaluará las pruebas de ingreso en las Carreras Judicial y Fiscal, por las categorías de juez y de abogado fiscal respectivamente, estará presidido por un magistrado del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia

la Escuela judicial⁵⁰ (artículo 301.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español). Sólo los que aprueben la oposición podrán luego realizar el curso teórico y práctico, y los que superen este curso “serán nombrados jueces por el orden de la propuesta hecha por la Escuela Judicial” (artículo 307.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español). Los que no superen el curso “podrán repetirlo en el siguiente, al que se incorporarán con la nueva promoción. Si tampoco superaren este curso, quedarán definitivamente excluidos y decaídos en la expectativa de ingreso en la Carrera Judicial derivada de las pruebas de acceso que hubiesen aprobado” (artículo 309 de la Ley Orgánica del Poder Judicial español).

El legislador español ha optado por este sistema, a él le ha correspondido evaluar una serie de circunstancias y factores, como la situación judicial de su país, o la preparación jurídica de los egresados de las Facultades de Derecho de las universidades españolas, para decidir finalmente cual es el procedimiento más conveniente (determinaciones de medios) en orden a tener una magistratura idónea (determinación de una finalidad) dentro de sus políticas generales en el ámbito judicial. Sin duda que el legislador español ha debido de sujetarse tanto a las exigencias formales (por ejemplo, las referidas al procedimiento agravado para aprobar una ley orgánica)⁵¹, como a las exigencias materiales (respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución). Pero, sin duda también, ha hecho uso del margen de configuración que tiene atribuido constitucionalmente⁵².

Este margen de configuración, incluso, le ha permitido al legislador español prever un procedimiento alternativo de ingreso a la carrera judicial a juristas españoles de reconocido prestigio, quienes sin haber superar oposición alguna pueden convertirse en magistrados (incluso del Tribunal Supremo)⁵³. Este trato desigual que ha supuesto el procedimiento alternativo mencionado, no ha significado vulneración alguna del derecho de igualdad. Por

o un fiscal de Sala o fiscal del Tribunal Supremo o de una Fiscalía de Tribunal Superior de Justicia, y serán vocales dos magistrados, dos fiscales, un catedrático de universidad de disciplina jurídica en que constan las pruebas de acceso, un abogado del Estado, un abogado con más de 10 años de ejercicio profesional y un secretario judicial de la categoría primera, que actuará como secretario”.

⁵⁰ Se ha dispuesto en el artículo 307.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial español que “[l]a Escuela Judicial, configurada como centro de selección y formación de jueces y magistrados dependiente del Consejo General del Poder Judicial, tendrá como objeto proporcionar una preparación integral, especializada y de alta calidad a los miembros de la Carrera Judicial, así como a los aspirantes a ingresar en ella. El curso de selección incluirá un programa de formación multidisciplinar y un período de prácticas tuteladas en diferentes órganos de todos los órdenes jurisdiccionales. Durante el período de prácticas los jueces en prácticas tuteladas ejercerán funciones de auxilio y colaboración con sus titulares. Excepcionalmente, podrán actuar en funciones de sustitución o de refuerzo, conforme a lo establecido en esta Ley. La Escuela Judicial llevará a cabo la coordinación e impartición de la enseñanza inicial, así como de la formación continua, en los términos establecidos en el artículo 433 bis”.

⁵¹ Se ha establecido en el artículo 81 CE que “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del Proyecto”.

⁵² Para el caso de selección de magistrados, este margen amplio de configuración viene recogido en el artículo 122.2 CE, en el que se ha dispuesto que “[e]l Consejo General del poder judicial es el órgano de gobierno del mismo. La ley orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario”.

⁵³ Se ha establecido en el artículo 301.5 que “[t]ambién ingresarán en la Carrera Judicial por la categoría de magistrado del Tribunal Supremo, o de magistrado, juristas de reconocida competencia en los casos, forma y proporción respectivamente establecidos en la Ley. Quienes pretendan el ingreso en la carrera judicial en la categoría de magistrado precisarán también superar un curso de formación en la Escuela Judicial”.



el contrario, se encuadra dentro de la función configuradora del legislador, quien luego de valorar las concretas circunstancias de su realidad nacional, ha concluido que “[l]os hechos demuestran que los clásicos mecanismos de selección de personal judicial no permiten que la sociedad española se dote de Jueces y Magistrados en número suficiente. Es obligado, pues, recurrir a mecanismos complementarios”⁵⁴.

C) Usurpación de la facultad de configuración legislativa

a. Extralimitación de signo negativo: derogación de una ley constitucional

Al momento en que el Tribunal Constitucional peruano declara inconstitucional la medida legislativo consistente en que los aspirantes a la magistratura deberán haber superado el PROFA para recién poder ir al concurso público y a la evaluación personal, y en su lugar sugiere un procedimiento semejante al que se da en el ordenamiento español, en el cual el examen (oposición) es anterior a la superación del curso de formación que dicte la Escuela Judicial, está incurriendo en una manifiesta extralimitación al interferir en el ejercicio de las facultades legislativas del Parlamento.

El Parlamento, como se ha dicho, tiene reconocido una función legislativa configuradora del ordenamiento jurídico en general y de los derechos fundamentales en particular. Esta función la ejerce dentro de lo permitido por el orden constitucional. Lo permitido por el orden constitucional es aquello que *ni es mandado hacer ni es prohibido hacer*. Lo permitido, en este contexto, significa lo constitucionalmente *posible*. Como se argumentó anteriormente, con base en los artículos 151 y 154.1 CP se puede concluir que está *ordenado* la realización de un curso de formación por parte de los aspirantes a la magistratura; y está *ordenado* también la realización de un concurso público de méritos y una evaluación personal a los aspirantes a la magistratura.

No está ni ordenado ni prohibido que primero se realice el curso de formación y luego el concurso; tampoco está ni ordenado ni prohibido lo contrario. La Constitución ha creado aquí un margen de acción al Parlamento. El Parlamento, sobre esta cuestión, tiene plena libertad para o exigir primero la superación del curso de formación y luego el concurso, o exigir lo contrario. Sin duda que su decisión, sea la que fuese, debe ajustarse a los derechos y bienes jurídicos constitucionales, de modo que su decisión no podrá vulnerar ni uno ni otro porque entonces habrá actuado fuera del margen de acción que le prevé la Constitución. Por ejemplo, si decide por iniciar el proceso de selección con la superación del curso de

⁵⁴ Apartado VII de la exposición de motivos de la Ley orgánica del Poder Judicial español. Continuará diciendo el legislador en el mencionado apartado VII, que “[a] tal fin, la Ley Orgánica prevé un sistema de acceso a la carrera judicial de juristas de reconocido prestigio. Ello permitirá, en primer lugar, hacer frente a las necesidades y cubrir las vacantes que de otra forma no podrían serlo; en segundo término, incorporar a función tan relevante como la judicial a quienes, en otros campos jurídicos, han demostrado estar en condiciones de ofrecer capacidad y competencia acreditadas; por último, lograr entre la carrera judicial y el resto del universo jurídico la ósmosis que, a buen seguro, se dará cuando se integren en la judicatura quienes, por haber ejercido el Derecho en otros sectores, aportarán perspectivas diferentes e incorporarán distintas sensibilidades a un ejercicio que se caracteriza por la riqueza conceptual y la diversidad de enfoques”.

formación, no podrá establecer requisitos para acceder al PROFA que supongan una discriminación.

Esto significa que el Tribunal Constitucional al haber declarado inconstitucional con efectos derogatorios un precepto legal por el sólo hecho de exigirse el PROFA antes que el concurso público y la evaluación personal, incurre en una grave extralimitación. Se trata de una extralimitación de signo negativo al impedir hacer al Parlamento.

b. Extralimitación de signo positivo: Usurpación de la función legislativa

Sin embargo, la extralimitación del Tribunal Constitucional no sólo es de signo negativo, sino que es también de signo positivo. En efecto, al establecer el mencionado Tribunal como “igualmente idónea y menos restrictiva del derecho de acceso a la función judicial” la medida por él sugerida, ésta en buena cuenta está destinada a convertirse en el parámetro de referencia para determinar la constitucionalidad de las futuras medidas que al respecto tome el legislador⁵⁵. En efecto, con este pronunciamiento del Tribunal Constitucional se obliga al legislador a optar por un procedimiento de selección de magistrados semejante (sino igual) al sugerido por él mismo: primero la realización y superación del PROFA; segundo, la realización y superación del concurso público y de la evaluación personal. Cualquier otro procedimiento que se aleje demasiado de esta sugerencia correrá el riesgo de ser declarado desproporcionado por innecesario y, por tanto, inconstitucional. En buena cuenta, el Tribunal Constitucional le está diciendo al Parlamento como ha de legislar en un ámbito en el que existe un margen de acción a favor del legislador, de manera que terminaría usurpando la función legislativa al Parlamento en este punto. En la medida que terminaría obligando al Parlamento a emitir una norma con un contenido determinado en un ámbito que existe margen de actuación a favor del legislador, puede considerarse como una extralimitación de signo positivo.

c. Triunfo de las valoraciones del Tribunal Constitucional sobre las del Parlamento

En buena cuenta, el Tribunal Constitucional resulta excluyendo al Parlamento de la tarea de configuración del ordenamiento jurídico, con la consiguiente usurpación de sus funciones legislativas, y con el agravante de que el órgano excluido y usurpado en sus funciones ha sido nada menos que el Parlamento, el máximo órgano con legitimidad democrática. Como consecuencia de esta extralimitación positiva y negativa, la particular concepción del Tribunal Constitucional sobre el procedimiento más efectivo o conveniente para la selección de magistrados se sobrepone a la concepción y valoración que sobre este asunto tiene el legislador. El mencionado Alto Tribunal so pretexto de una pretendida inconstitucionalidad, impone un modo particular de valorar y decidir acerca de una realidad sobre la cual el legislador es el legítimo y constitucional competente.

⁵⁵ Por eso es que prácticamente es una declaración hueca la afirmación del Tribunal Constitucional de que “la referencia al modelo español sólo tiene por propósito argumentar la existencia de modelos idóneos o adecuados a la consecución de la finalidad de una magistratura idónea, sin que ello comporte un tratamiento contrario al acceso a la función pública en igualdad de condiciones”. EXP. N.º 0025–2005–PI/TC y EXP. 0026–2005–PI/TC, citado, F. J. 95.



Incluso, el Supremo intérprete de la Constitución peruana termina valorando negativamente la racionalidad de la medida adoptada por el legislador. Esto es de verse cuando el Alto Tribunal –como se destacó anteriormente– califica la medida legislativa de aprobar el PROFA antes del concurso público y la evaluación personal como una medida *sin sentido* o *contra sentido*. Esta particular valoración que realiza el Tribunal Constitucional exige ser contrastada con la racionalidad de la medida que propone como alternativa (que la exigencia de aprobar el PROFA sea después de realizado y superado el concurso y evaluación correspondientes).

¿La medida adoptada por el legislador carece efectivamente de sentido? O lo que es peor aún ¿contiene un contrasentido como afirma el Tribunal Constitucional? ¿No será acaso que el *sin sentido* o el *contrasentido* se manifiesta precisamente al exigir la superación del PROFA luego de superado el concurso público y la evaluación personal, al permitir la situación de que quien apruebe el concurso y la evaluación finalmente no accede al cargo judicial? No hay que pensar mucho para darse cuenta no sólo de que la medida propuesta por el Tribunal Constitucional termina afectada del mismo vicio que predica de la medida adoptada por el legislador, es decir, la inconstitucional diferenciación de abogados con PROFA (grupo A), y abogados sin PROFA (grupo B); sino también de que colocamos a los aspirantes del grupo B en una situación muy complicada de hacerles entender: que han superado el concurso público de méritos y evaluación personal dispuesto por la Constitución, pero que no pueden ser nombrados jueces.

La medida propuesta por el Tribunal Constitucional acarrea una situación que de entrada parece bastante sospechosa de racionalidad (o por usar los términos empleados por el mismo Tribunal, una situación *sin sentido* o *contra sentido*). Esto se ve especialmente agravado si tomamos en consideración que, con base en la realidad académica y jurídica de no pocos aspirantes a la magistratura en el Parú, es posible esperar y probable que ocurra que no sean pocos los que habiendo superado el concurso y evaluación personal, no superen el curso de formación y no puedan ser nombrados como jueces o fiscales. Sin duda que con este tipo de situaciones, en el mejor de los casos, se originará desconfianza en nuestras instituciones, con el consiguiente desaliento para postular a la carrera judicial.

No se ha detenido a considerar el Tribunal Constitucional que es posible argumentar racionalidad respecto de la decisión del Parlamento al momento en que decide se supere el PROFA primero, y luego el concurso público. Al menos dos argumentos son posibles. Primero, debido a que el legislador consciente de que en general los egresados de las Facultades de Derecho carecen normalmente de una adecuada base jurídica, y consciente también de que el abogado en ejercicio por lo general no destaca por sus cualidades analíticas y argumentativas en el campo jurídico, ha creído conveniente exigir una preparación y formación mínima en los aspirantes antes de pasar al concurso público y la evaluación personal. Segundo, esto evitaría tener que descalificar a aspirantes que habiendo pasado el concurso público y la evaluación personal, no superan el curso de preparación, cosa perfectamente posible porque tanto el concurso y la evaluación como el curso PROFA, apuntan a evaluar calidades distintas en los aspirantes. De esta manera es totalmente

legítimo que el Parlamento quiera evitar ocurran situaciones de desconfianza y de desaliento para postular a la carrera judicial.

Incluso, le es totalmente legítimo al Parlamento decidir que mientras no se constate una elevación en la preparación jurídica de los aspirantes (por ejemplo, mejorando la calidad de la formación universitaria; por ejemplo, aumentando las publicaciones jurídicas de calidad, etc), exigir primero la superación del PROFA y luego el concurso público; para que una vez que se constate la mencionada elevación, evaluar si se dan las circunstancias que hagan conveniente cambiar el orden y empezar el proceso de selección con el concurso público. En definitiva de fondo existen cuestiones bastante complejas generadas por crisis universitarias y crisis judiciales en nuestro país, que requieren de decisiones políticas del Parlamento como representante de todos los peruanos.

Como se recordará, el ordenamiento jurídico que el Tribunal Constitucional utiliza como nuestra de viabilidad de su medida propuesta es el español. Ya se describió –aunque apretadamente– el sistema de elección de magistrados en el país ibérico. El legislador español conocedor de su propia realidad ha decidido un proceso de selección determinado, el cual él ha valorado como ajustado y conveniente para su concreta realidad nacional. Pues bien, un proceso de selección que funciona en otro sistema, no necesariamente tiene que funcionar en el nuestro. Y no porque no se trate de dos sistemas semejantes, que lo son; sino porque la realidad en la que tendrá que ser aplicado es distinta. No hay que investigar mucho para caer en la cuenta de que la función judicial está mucho más valorada y consecuentemente mejor atendida en España que en el Perú. Por otro lado, la crisis judicial que por desgracia padece el sistema peruano y que a veces parece insalvable por el fracaso de las constantes reformas judiciales, ni por asomo se asemeja a la situación judicial española. Adicionalmente, el egresado de las facultades de Derecho de las Universidades españolas –como regla general– están mejor preparados que los egresados de las Universidades peruanas, muchas de las cuales se desenvuelven en la maleza de la mediocridad.

Pues bien, conocedor de su concreta realidad, el legislador español es consciente de que aunque es posible (al menos teóricamente) es sumamente improbable (como de hecho ocurre) que un aspirante a la magistratura en su país supere la oposición pública (una suerte de concurso público, sin que llegue a asemejarsele) y no supere los cursos teóricos y prácticos ofrecidos por la Escuela Judicial. Las circunstancias están dispuestas de tal manera que el legislador español no tiene que enfrentarse al riesgo de que un aspirante que supere el concurso público, se le tenga que decir que no es apto para ejercer la magistratura por carecer de la formación jurídica correspondiente. A este riesgo sí tiene que enfrentarse el legislador peruano, y acaso esta es una razón decisiva para primero exigir la superación del PROFA y luego el concurso público.

Se ha de insistir en que cuando hay razones para afirmar el mayor o menor sentido, la conveniencia o inconveniencia de dos medidas distintas, ambas permitidas constitucionalmente, a quien corresponde decidir es al Parlamento y no al Tribunal



Constitucional. Lo conveniente o inconveniente no tiene nada que ver con la constitucionalidad o inconstitucionalidad, sino que tiene que ver con márgenes de apreciación de la realidad, con márgenes de valoración de las ventajas sociales, económicas o políticas, y, en fin, con la gerencia del bien común⁵⁶. Por ello, el Tribunal Constitucional al declarar inconstitucional la parte del procedimiento de selección previsto en el artículo 22 inciso c) de la Ley 26397, ha impuesto su propia valoración de cual sería el proceso de selección más conveniente para la realidad y sistema judicial peruano.

V. VALORACIÓN FINAL

A lo largo de este comentario jurisprudencial se ha intentado poner de manifiesto dos cosas. Primero, que la medida legislativa contenida en el artículo 22 inciso c) de la Ley 26397 no es inconstitucional. Segundo, que el Tribunal Constitucional se ha extralimitado en su actuación al declarar inconstitucional el dispositivo mencionado. En este dispositivo, en buena cuenta, el legislador peruano se había decidido por iniciar el proceso de selección exigiendo a los aspirantes la superación del curso PROFA, para recién permitirles participar en el concurso público y en la evaluación personal.

El legislador peruano, valorando las circunstancias que configuran su realidad nacional, concluyó que era lo más conveniente para alcanzar la idoneidad judicial. Se puede tener una opinión distinta y no concordar con la decisión legislativa. Pero no es una cuestión que le atañe decidir al Tribunal Constitucional, y mucho menos le está permitido imponer su subjetiva valoración de la realidad, como finalmente termina ocurriendo. Desde luego que el legislador no tiene carta blanca que le autorice a vulnerar derechos o bienes jurídicos constitucionales a través de sus leyes. Y desde luego que el Tribunal Constitucional debería actuar –incluso anulando leyes– cuando se vulneran derechos o bienes jurídicos constitucionales. Pero lo que no puede ocurrir es que el Supremo intérprete de la Constitución, so pretexto de una pretendida vulneración de un derecho constitucional, termine imponiendo su particular modo de entender y afrontar la realidad, anulando prácticamente el margen de apreciación y de configuración que constitucionalmente tiene atribuido el Parlamento.

Este tipo de actuaciones por parte del Tribunal Constitucional, no hace más que desprestigiar la justicia constitucional y al órgano encargado de impartirla y, consecuentemente, no hace más que dar razón a quienes denunciando la ilegítima omnipresencia y omnipotencia del Tribunal Constitucional⁵⁷, al punto que lo convierte en

⁵⁶ No hace mucho tiempo el criterio del Tribunal Constitucional iba en esta línea. Así, ha declarado con acierto que “la naturaleza jurisdiccional del Tribunal no es compatible con la evaluación de medidas adoptadas bajo criterios de conveniencia o inconveniencia por los órganos de representación política. En el proceso de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal juzga si una norma con rango de ley es o no incompatible con la Constitución, y no si el legislador, al regular una materia dada, lo hizo de la manera más conveniente. Al legislador le corresponde optar por cualquiera de las medidas que, dentro del marco constitucional, se puedan dictar; en tanto que al Tribunal Constitucional, velar porque esa opción no rebase el ordenamiento constitucional”. EXP. N.º 009–2001–AI/TC, de 29 de enero de 2002, F. J. 5.

⁵⁷ ALEXY, Robert. *Rechtssystem und praktische Vernunft*, en “Rechtstheorie”, n° 18, 1987, p. 406.

“el Señor de la Constitución”⁵⁸ (*Herren der Verfassung*), titular de “una plenitud de poderes [*Machtvollkommenheit*] (...) que deben ser sentidos como intolerables”⁵⁹, desean una reducción al mínimo de las atribuciones del Tribunal Constitucional, al estilo de la Constitución y de la jurisdicción constitucional pensadas por Kelsen⁶⁰. Sin duda que la mejor manera que se tiene de mostrar interés por la vigencia efectiva de la Constitución y por la consolidación plena del Tribunal Constitucional en un ordenamiento jurídico determinado, es sometiendo a análisis las decisiones y sus fundamentos del Supremo intérprete de la Constitución, y es lo que se ha intentado hacer a lo largo de estas páginas.

⁵⁸ Ha expresado Fosthoff, que el Tribunal Constitucional se convierte en un Señor de la Constitución “debido a que él toma para sí el carácter de decisión y con ello usurpa para sí la competencia de decisión”. FORSTHOFF, Ernst, *Zur Problematik der Verfassungsauslegung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1961, p. 33.

⁵⁹ KELSEN, Hans, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VVSRL)5, 1929, p. 53.

⁶⁰ Con acierto ha manifestado Prieto Sanchís que “Kelsen, en efecto, fue un firme partidario de un constitucionalismo escueto, circunscrito al establecimiento de normas de competencia y de procedimiento, esto es, a una idea de Constitución como *norma normarum*, como norma reguladora de las fuentes del Derecho y, con ello, reguladora de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales. PRIETO SANCHÍS, Luis. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo (s)*, editorial Trotta, Madrid 2003, p. 127.

