



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

EL PROCESO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL EN CINCO CUESTIONES

Luis Castillo-Córdova

Perú, agosto de 2012

FACULTAD DE DERECHO

Área departamental de Derecho

Castillo, L. (2012). El proceso de acceso a la función pública notarial: análisis constitucional en cinco cuestiones. *Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces*, (56), 285-298.



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

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

EL PROCESO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL: ANÁLISIS CONSTITUCIONAL EN CINCO CUESTIONES

Luis Castillo Córdova*

INTRODUCCIÓN

A continuación presentaré cinco cuestiones jurídicamente relevantes en torno a los procesos de acceso a una plaza notarial en el Perú. No son todas las que pueden presentarse, pero sin duda que son todas ellas de las más importantes. Todas ellas tienen por finalidad no sólo comprender la naturaleza jurídica del mecanismo de acceso a la función notarial, sino principalmente, de justificar su sometimiento a las exigencias constitucionales, principalmente a las materiales concretadas en los derechos fundamentales como exigencias de justicia que se formulan desde y para la persona.

PRIMERA CUESTIÓN: SI EL MECANISMO POR EL CUAL SE ACCEDE A UNA PLAZA DE NOTARIO TIENE O NO NATURALEZA PROCESAL

No es relevante aquí realizar un análisis vasto acerca de la naturaleza jurídica de la función notarial. Sólo se destacará aquellos elementos que sean relevantes desde el punto de vista constitucional.

La función pública notarial

Se ha de empezar afirmando que la función notarial es una función pública. Así se dispone en el artículo 4 del Reglamento de la Ley del notariado¹:

“El notario es el profesional del derecho encargado, **por delegación del Estado, de una función pública** consistente en recibir y dar forma a la voluntad de las partes, redacta los instrumentos adecuados a ese fin, les confiere autenticidad, conserva los originales y expide traslados que dan fe de su contenido”.

Si bien “el notario no es funcionario público para ningún efecto legal” (parte final del artículo 4 del Reglamento antes referido), esto en nada enerva la naturaleza pública de la función que ejercen. Una cosa es el estatus jurídico del notario, y otra diferente la naturaleza de la función que ejercen. De hecho, es posible justificar que el ámbito en el que se inserta la función notarial es el administrativo (del Ejecutivo), por tratarse del ejercicio de una función pública delegada por el Estado. Por esta naturaleza administrativa, está justificado que a la función pública notarial se acceda mediante concurso público de méritos (artículo

* Profesor de Derecho Constitucional (Universidad de Piura).

¹ Decreto Supremo 010-2010-JUS, Texto Único Ordenado del Reglamento del Decreto legislativo N.º 1049.



6 de la Ley del notariado²); también que el Consejo del Notariado se encuentre adscrito al Ministerio de Justicia (artículo 15 de la Ley del notariado); de igual forma que a los notarios se les haya reconocido responsabilidad administrativa en el ejercicio de la función (artículo 144 de la Ley del notariado); y, por sólo mencionar un elemento más, que las Resoluciones del Consejo del Notariado agoten la vía administrativa (artículo 147 Ley del notariado).

Consecuentemente, la función notarial tiene carácter de función pública inmersa en el ámbito administrativo Estatal, y bien puede ser tenida como función pública administrativa.

El mecanismo de selección de los notarios tiene naturaleza procesal

El mecanismo legalmente previsto como medio para acceder a la función pública notarial tiene naturaleza procesal. Una primera justificación es posible basarla en el propio concepto de proceso. De modo básico una definición que atañe a la esencia del proceso se formularía en los términos siguientes: secuencia de etapas que se desenvuelven según unas reglas previamente aprobadas por autoridad competente, ante un órgano con capacidad de decidir sobre la posición jurídica justa de una o más Personas. Con base en esta definición esencial, es posible sostener que el mecanismo por el cual se accede a la función notarial es uno procesal. Así, se trata de una secuencia de etapas (artículo 16 del Reglamento del concurso público de méritos para el ingreso a la función notarial³), que mediante una normatividad previamente vigente, un órgano llamado Jurado del Concurso (regulado en el Título VI del Reglamento del concurso público de méritos), decide la posición jurídica de los postulantes a una plaza de notario.

Una segunda justificación es posible formular con base en la normatividad vigente. Desde ella, el mecanismo de acceso a la función pública es llamado expresamente como proceso. Así, por ejemplo, el artículo 17 del Reglamento del concurso público dispone lo siguiente:

“Artículo 17.- De la descalificación de los postulantes
Los postulantes serán descalificados **en cualquier estado del proceso**
por las siguientes causales: (...)”.

También, y más claro aún, el artículo 25 del Reglamento del concurso público establece lo siguiente:

“Artículo 25.- Del otorgamiento del título

² Decreto legislativo N.º 1049.

³ Aprobado por Decreto Supremo 015-2008-JUS.

El proceso de concurso público de méritos, concluye con la proclamación de ganadores y/o la declaración de plazas desiertas por parte del jurado, en caso de no existir postulantes aprobados en las respectivas plazas”.

Una tercera justificación es posible desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Es abundante la jurisprudencia del Supremo intérprete de la Constitución en la que el concurso de méritos y de conocimientos a través del cual se accede a la función pública, es considerado como un proceso. Por sólo citar uno de los referidos pronunciamientos jurisprudenciales, tiene dicho el Tribunal Constitucional que,

“El derecho de acceso a la función pública en condiciones iguales constituye un derecho de participación, por ello parte sustancial de su contenido es la facultad de todo ciudadano de participar o intervenir en los **procesos para acceder a la función pública**”⁴.

Respuesta a la primera cuestión

Estas tres razones son razones fuertes para sostener que el mecanismo de selección de notarios es uno de naturaleza procesal. Y aunque a efectos constitucionales sólo basta la constatación de que estamos ante un proceso, y por tanto independientemente de cuál fuese su naturaleza (si administrativa o no), es posible sostener que un tal proceso bien acepta el calificativo de administrativo por pertenecer la función pública notarial al ámbito administrativo estatal. Una vez resuelta de esta manera la primera cuestión, corresponde plantearse la cuestión siguiente.

SEGUNDA CUESTIÓN: SI EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ES PREDICABLE DEL PROCESO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL

El proceso debido o justo como exigencia de justicia humana

Las exigencias de justicia sólo pueden ser formuladas desde y para la Persona. Ella, como fuente de juridicidad y como destino último de lo justo, se convierte necesariamente en inicio y fin del Derecho. El significado del binomio Persona–Derecho o lo que es lo mismo Naturaleza (esencia) humana–Justicia, permite definir los Derechos Humanos como el conjunto de bienes humanos debidos a la Persona, y cuyo otorgamiento, consecución o aseguramiento le permitirá lograr grados de perfeccionamiento en ese su intento de alcanzar la más plena realización posible como fin en sí misma que es. La Persona tiene una dignidad que se define a partir de su valor absoluto: vale como fin en sí misma. El ser medio y no fin justifica plenamente que allí donde ella se desenvuelva sea considerada como fin, nunca como medio.

⁴ EXP. N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, Fundamento 96. El resaltado de la letra es añadido.



Esto genera la obligación de que cuando se tenga que decidir algo sobre ella se decida con justicia; una decisión injusta es una decisión indigna necesariamente porque a la Persona no se le dará lo que se le debe para beneficiar a otra Persona, al Estado, a la economía, etc., tratándosele así como medio. Estando esto ordenado, a la vez –entonces– estará ordenado también que se emplee el medio idóneo para conseguir en la mayor medida de lo posible la decisión justa. Tal medio idóneo es un proceso que reconoce una serie de garantías que formal y materialmente permiten asegurar en la mayor medida de lo posible que lo que se decida sobre una Persona será justo. En este contexto, un tal proceso es un proceso debido: es el proceso que se le debe a la Persona por ser la realidad digna que es. Por eso, otro modo de llamarle es proceso justo.

Esta ordenado, pues, que todo proceso en el que participe una Persona se resuelva a través de una decisión justa porque es la única decisión que es digna para ella; consecuentemente, está ordenado también que todo proceso se conduzca según las exigencias de un proceso debido o justo.

Significado del proceso debido desde la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En la Constitución, el debido proceso ha sido recogido expresamente como una garantía judicial en el artículo 139.3. No obstante, el Tribunal Constitucional se ha encargado de no circunscribirla sólo a los procesos judiciales. Y al extenderla a otras realidades procesales se ha ocupado de justificar teleológicamente esa extensión. Así, es un criterio plenamente asentado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que el debido proceso es un derecho *predicable de todo tipo de proceso*:

“el debido proceso en tanto derecho fundamental también se manifiesta como tal en los procesos y procedimientos **al margen de la naturaleza de que se trate**”⁵.

Constitucionalmente, pues, es suficiente justificar que estamos ante un proceso para que le sea predicable las exigencias iusfundamentales del debido proceso. De modo que,

“la cláusula fundamental contenida en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú, no es *‘patrimonio’* exclusivo de los procesos jurisdiccionales”⁶.

Esta línea jurisprudencial representa una concreción normativa del artículo 139.3 de la Constitución. A través de ella el Tribunal Constitucional formula una norma constitucional adscrita como manifestación de su función creadora de derecho constitucional. La norma constitucional que de esta línea jurisprudencial puede formularse es la siguiente:

⁵ EXP. N° 5156-2006-PA/TC, Fundamento 38. El resaltado de la letra es añadido.

⁶ EXP. N° 1412-2007-PA/TC, Fundamentos 8. El resaltado de la letra es añadido.

N1: Está ordenado respetar el derecho fundamental al debido proceso en todo proceso, independientemente de su naturaleza.

Esta norma constitucional se adscribe al artículo 139.3 de la Constitución, el cual queda formulado de la manera siguiente:

“Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. *Este derecho fundamental no se circunscribe sólo a los procesos jurisdiccionales, sino que rige para todo tipo de proceso independientemente de su naturaleza.* Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Una razón más: las exigencias del Estado constitucional de derecho

Una de las adicionales razones de esta extensión ha de ser encontrada en las exigencias morales y jurídicas del Estado de Derecho actual, que es uno de naturaleza Constitucional. De modo que hay que sostener, con el Tribunal Constitucional, que:

“en un Estado de Derecho no existen poderes públicos ‘soberanos’, cuyas competencias puedan ejercerse de cualquier manera (...). Por ello este Tribunal ha sostenido que: (...) no pueden admitirse como razonables o coherentes interpretaciones tendientes a convalidar ejercicios irregulares o arbitrarios de las funciones conferidas a los órganos públicos”⁷.

Consecuentemente, las funciones públicas delegadas como es el caso de la notarial, no puede ejercerse de modo irregular o arbitrario. Es una exigencia del Estado constitucional de derecho, el cual se construye sobre la base de una Constitución que constitucionaliza exigencias de justicia que se formulan desde y para la persona, y que es una realidad plenamente normativa, que no admite la existencia de zonas exentas de vinculación a la Constitución. En palabras del Tribunal Constitucional: “no existen ámbitos exentos de vinculación con la Constitución”⁸.

⁷ EXP. N° 3151-2006-AA/TC, Fundamento 3.

⁸ EXP. N° 01078-2007-PA/TC, Fundamento 1.



Respuesta a la segunda cuestión

Con base en esta norma constitucional adscrita, entonces, es posible concluir que el derecho fundamental al debido proceso es constitucionalmente predicable y exigible del proceso de acceso a la función pública notarial. Resuelta de esta manera la segunda cuestión, se ha de formular la siguiente.

TERCERA CUESTIÓN: ¿CUÁLES SON LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO PREDICABLE DEL PROCESO DE ACCESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA NOTARIAL?

El debido proceso como derecho continente conformado por garantías procesales y materiales

Esta cuestión es posible responderla desde la consideración del derecho al debido proceso como una exigencia de justicia. Con base en ella, tal y como se justificó líneas arriba, es posible sostener que las garantías que se han de considerar integradas en el debido proceso son todas aquellas necesarias para asegurar, en la mayor medida de lo posible, que la decisión a la que se arribe sea una decisión justa, en la medida que la decisión injusta es una decisión que trasgrede las exigencias jurídica de la dignidad humana. Si realmente lo que interesa es construir una decisión verdaderamente justa, las garantías han de mirar tanto al desenvolvimiento del proceso, como a la decisión misma que se formula. Las primeras bien pueden ser llamadas garantías formales o procedimentales, y las segundas garantías materiales, como más adelante se concretará.

Esta base iusfilosófica, ha permitido al Tribunal Constitucional reconocer en el derecho al debido proceso, un derecho conformado por un conjunto de derechos (las garantías del proceso). Así, el mencionado Tribunal se refiere al debido proceso como un *derecho genérico*⁹ o un *derecho continente*¹⁰, conformado por *un haz de derechos*¹¹, y cuya agresión “se produce a consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden”¹².

De igual manera, le ha permitido reconocer que el contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso se compone de garantías tanto formales como materiales. Así dijo el Supremo intérprete de la Constitución:

“el debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que

⁹ EXP. N.º 665-2000-HC/TC, Fundamento 4.

¹⁰ EXP N.º 10490-2006-PA/TC, Fundamento 2.

¹¹ EXP. N.º 08495-2006-PA/TC, Fundamento 34.

¹² EXP. N.º 5194-2005-PA/TC, Fundamento 2.

establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”¹³.

La traslación de las garantías procesales y formales del debido proceso judicial a todos los demás procesos. Justificación general

Estas garantías del debido proceso han de ser halladas en el artículo 139 de la Constitución. A partir de esta constatación es necesario acudir a la interpretación del Tribunal Constitucional para definir, primero de forma general y luego particularmente, las garantías que conforman el contenido constitucional del derecho al debido proceso predicado de los procesos de acceso a la función pública notarial.

Se ha de empezar con una justificación general. Tiene dicho el Tribunal Constitucional lo siguiente:

“Como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal en más de una oportunidad, el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3º de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone **el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos**, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, **a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos**”¹⁴.

Esta concreción constitucional que formula el Tribunal Constitucional está referida al contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso que ha de hacerse valer en los distintos supuestos procesales. Las garantías (requisitos y normas) que se han de exigir en un proceso (sea cual fuese su naturaleza) para ser tenido como un proceso debido o justo, son aquellas necesarias que *permitan la defensa de la Persona ante cualquier afectación que a ella pueda suponerles el desenvolvimiento de un proceso*.

Esta concreción, bien puede ser tenida como una norma constitucional adscrita. La formulación de una tal norma sería la siguiente:

¹³ EXP. N.º 8125–2005–PHC/TC, Fundamento 6.

¹⁴ EXP. N.º 0858–2001–AA/TC, Fundamento 2a. El resaltado de la letra es añadido.



N2: Está ordenado que en todo proceso se respeten las garantías necesarias que permitan las condiciones necesarias para que la Persona defienda adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pudiera afectarles en el proceso mismo.

Esta norma constitucional que como concreción crea el Tribunal Constitucional, se adscribe a la disposición que representa el artículo 139.3 de la Constitución, de modo que ésta disposición queda formulada normativamente así:

Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. *Su contenido esencial vendrá integrado por las garantías necesarias para que la Persona proteja adecuadamente sus derechos.* Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

La traslación de las garantías procesales y formales del debido proceso judicial a todos los demás procesos. Justificación particular

Con base en la norma constitucional adscrita N2, habrá que preguntarse qué garantías son necesarias en el proceso de acceso a la función pública notarial. A continuación se justificará algunas de ellas.

A. Garantía de motivación de la decisión

En la medida que se trata de un concurso de méritos en el que se va a decidir acerca de si un postulante accede o no a una de las plazas para ejercer la función pública notarial, una exigencia de racionalidad básica es que tal decisión tenga una justificación objetiva. Ésta, si estuviese ausente o si fuese insuficiente, significaría que la decisión se habría tomado no con base en la razón, sino con base en la violencia que lleva ínsita toda arbitrariedad. Particularmente exigida se encuentra esta justificación cuando la decisión tiene que definir una posición jurídica respecto del ejercicio de un derecho fundamental, como es el caso del derecho de acceso a la función pública. La decisión sin razones válidas es una decisión arbitraria, consecuentemente, es una decisión indigna.

Las razones que justifican esta garantía han sido advertidas también por el Tribunal Constitucional cuando ha manifestado que

“El derecho a la motivación debida constituye **una garantía fundamental** en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas”¹⁵.

Todo órgano que decide a través de un proceso, sea cual fuese su naturaleza

“deberá dar cuenta de esta sujeción [al derecho] **a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad**”¹⁶.

Incluso, esta exigencia de justicia se formula igualmente de modo pleno cuando se ha de tomar una decisión con base en una potestad discrecional. Así lo ha dejado claramente dicho el Tribunal Constitucional:

“este Tribunal reitera que un acto administrativo **dictado al amparo de una potestad discrecional** legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión”¹⁷.

De modo que

“la pr[o]scripción de que los actos discrecionales de la Administración del Estado sean arbitrarios **exige que éstos sean motivados**; es decir, que se basen necesariamente en razones y no se constituyan en la mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte”¹⁸.

Una vez justificado que la garantía de motivación de resoluciones ha de predicarse del proceso de acceso a la función pública notarial, corresponde determinar –de modo general–, cuáles son las exigencias que dimanar de esta garantía.

Lo primero es que existan razones como justificación de una decisión. En referencia al ejercicio de un poder público discrecional, como el de decidir que candidatos pasan a ejercer o no una plaza de notario, el Tribunal Constitucional ha manifestado que:

“**para evitar considerar a los actos discrecionales (...) como arbitrarios, estos han de ser motivados y basarse**

¹⁵ EXP. N.º 03891-2011-PA/TC, Fundamento 16. El resaltado de la letra es añadido.

¹⁶ Ibidem. El resaltado de la letra es añadido.

¹⁷ Idem, Fundamento 21. El resaltado de la letra es añadido.

¹⁸ EXP. N.º 0090-2004-PA/TC, Fundamento 16. El resaltado de la letra es añadido.



necesariamente en razones, esto es, que no constituyan una mera expresión de la voluntad del órgano que los dicte¹⁹.

Lo segundo es las características de esas razones: han de ser razones objetivas que lleguen a configurar “una motivación adecuada, suficiente y congruente”²⁰. Y, adicionalmente, han de “exponer en forma sucinta –pero suficiente– las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”²¹. De lo contrario “constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional”²².

B. La garantía de imparcialidad

Igualmente, en la medida que se trata de un concurso de méritos en el que se va a decidir acerca de si un postulante accede o no a una de las plazas para notarios, una exigencia de racionalidad básica es también la imparcialidad del órgano que ha de decidir. La imparcialidad puede ser entendida positivamente como la intensión de favorecer el interés público que está manifestado en el concurso de méritos; y negativamente como la prohibición de decidir teniendo un juicio predeterminado (positiva o negativamente) sobre uno o más de los candidatos. Sólo si el juzgador está libre de una preconcepción respecto de una de las partes del proceso, será posible que su decisión abrace las exigencias de justicia. De modo que un jurado calificador que tenga indisposición expresada respecto de uno de los candidatos a notarios, pone en riesgo manifiesto la búsqueda justicia de la decisión.

Este mismo razonamiento ha sido manifestado por el Tribunal Constitucional. Si bien no se ha recogido expresamente en el texto de la Constitución, esta garantía procesal se encuentra vigente en nuestro ordenamiento constitucional debido a que

“el derecho a ser juzgado por un Juez imparcial **constituye un elemento del debido proceso** reconocido expresamente en el artículo 8º, inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el artículo 14º, inciso 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales forman parte del derecho nacional en virtud del artículo 55º de la Constitución”²³.

Esta garantía ha sido considerada como

¹⁹ EXP. 3361-2004-PA/TC, Fundamento 40.

²⁰ EXP. N.º 03891-2011-PA/TC, Fundamento 16.

²¹ Idem, Fundamento 21.

²² EXP. N.º 03891-2011-PA/TC, Fundamento 16.

²³ EXP. N.º 03899-2010-PHC/TC, Fundamento 8. El resaltado de la letra es añadido.

“uno de los **requisitos indispensables del principio del debido proceso** y la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto garantiza una limpia y equitativa contienda procesal a que tienen derecho los justiciables”²⁴.

En referencia a su contenido esencial, este derecho da derecho a que quienes acudan a un proceso

“puedan ser juzgados por un juez no parcializado, es decir, uno que **no tenga prejuicios sobre las partes e, incluso, sobre la materia o la causa** confiada para dirimir”²⁵.

De esta forma se cumple con una exigencia de justicia básica que manda que “el juzgador exprese la mayor objetividad en el desarrollo del proceso”²⁶.

Particularmente, referido de los procesos en los que se examinan la idoneidad o los méritos de un postulante para acceder o permanecer en un cargo público, ha decidido el Tribunal Constitucional que

“el funcionamiento adecuado de todo órgano calificador y examinador es otro **elemento esencial para prevenir el abuso de poder** por parte del Estado y, por ende, para **proteger los derechos de la persona**”²⁷.

Y expresamente, de los procesos de ratificación de jueces y fiscales llevados por el Consejo Nacional de la Magistratura, ha decidido el Tribunal Constitucional que

“Esta exigencia aplicada a los consejeros debe ser considerada como un requisito de idoneidad para participar en la evaluación de un magistrado. Los miembros del Consejo **no deben tener una posición predeterminada respecto a los magistrados**, a fin de que en su ámbito de actuación según conciencia, deban ser lo más neutrales posible”²⁸.

Este criterio jurisprudencial no se circunscribe sólo a los jueces y fiscales que buscan su ratificación, sino que es plenamente trasladable al caso de los procesos de acceso a la función notarial. Para éstos el mandato constitucional formulado por el Tribunal Constitucional podría ser presentado en los términos normativos siguientes:

²⁴ EXP. N.º 02139-2010-PHC/TC, Fundamento 2. El resaltado de la letra es añadido.

²⁵ EXP. N.º 4748-2004-AA/TC, Fundamento 5. El resaltado de la letra es añadido.

²⁶ EXP. N.º 0006-2006-PI/TC, Fundamento 12. El resaltado de la letra es añadido.

²⁷ EXP. N.º 3361-2004-PA/TC, Fundamento 31. El resaltado de la letra es añadido.

²⁸ Ibidem. El resaltado de la letra es añadido.



N: Está ordenado que **el Jurado del concurso notarial no deba tener ninguna posición predeterminada respecto de los postulantes** al concurso público de méritos para el ingreso a la función notarial, a fin de que en su ámbito de actuación puedan ser lo más neutrales posibles.

C. Las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión

Hasta ahora se ha hecho referencia a garantías que directamente se ocupan del desenvolvimiento del proceso. Sin embargo, el solo cumplimiento de estas exigencias formales no asegura necesariamente la justicia de la decisión, por lo que surge la necesidad de comprobar directamente si una decisión contraviene o no las exigencias de razonabilidad y justicia que esencialmente le obligan. Esto significa reconocer en el proceso de acceso a la función pública notarial, exigencias materiales de justicia, lo que normalmente se conoce como dimensión material del debido proceso.

La dimensión material del debido proceso ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, para relacionarla “con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer”²⁹.

Esta dimensión material del debido proceso,

“abre las puertas para un control no sólo formal del proceso (...) sino que **incide y controla también los contenidos de la decisión** en el marco del Estado Constitucional. Es decir, la posibilidad de la corrección no sólo formal de la decisión judicial, sino **también la razonabilidad y proporcionalidad** con que debe actuar todo juez en el marco de la Constitución y las leyes”³⁰.

Como se sabe, lo razonable es lo contrario a lo arbitrario, y lo arbitrario tiene al menos las siguientes tres acepciones:

“a) **lo arbitrario entendido como decisión caprichosa**, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) **lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica**”³¹.

Lo que en definitiva se pretende con la dimensión material del debido proceso es evitar

²⁹ EXP. N.º 8125-2005-PHC/TC, Fundamento 6.

³⁰ EXP. N.º 1209-2006-PA/TC, Fundamento 28. El resaltado de la letra es añadido.

³¹ EXP. N.º 090-2004-PA/TC, Fundamento 12. El resaltado de la letra es añadido.

“crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún manto de justicia procedimental o formal. En otras palabras, en el Estado Constitucional, lo “debido” no sólo está referido al *cómo* se ha de actuar sino también a *qué contenidos son admitidos como válidos*”³².

Habrà que insistir en que estas exigencias de razonabilidad y proporcionalidad de la decisi3n para asegurar la dimensi3n material del debido proceso, es predicable incluso de los 3rganos que tengan reconocidos un grado de discrecionalidad a la hora de tomar sus decisiones. As3,

“tales decisiones, **incluso cuando la ley las configure como ‘discrecionales’, no pueden ser ‘arbitrarias’,** por cuanto son sucesivamente ‘jur3dicas’ y, por lo tanto, sometidas a las denominadas **reglas de la ‘cr3tica racional’**”³³.

Esta garant3a que expresamente se ha reconocido respecto de la decisi3n que adopta el juez en los procesos judiciales, ha sido trasladada a los procesos de ratificaci3n de jueces y fiscales que se llevan a cabo ante el Consejo Nacional de la Magistratura. Para estos procesos dijo el Tribunal Constitucional que

“el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivaci3n m3s o menos expl3cita, pues constituye, adem3s, **una exigencia constitucional evaluar si la decisi3n finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relaci3n a la motivaci3n de hechos,** ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisi3n tomada, convierte a esta 3ltima tambi3n en una manifestaci3n de arbitrariedad”³⁴.

Este criterio jurisprudencial resulta plenamente aplicable a los procesos de acceso a la funci3n p3blica notarial, el cual quedar3a formulado en los t3rminos siguientes:

N: Est3 ordenado que en un proceso de acceso a la funci3n p3blica notarial, la decisi3n que se adopte observe los principios de razonabilidad y proporcionalidad en relaci3n con la motivaci3n de hechos.

³² EXP. N.º 1209-2006-PA/TC, Fundamentos 30. El resaltado de la letra es a3adido.

³³ EXP. N.º 090-2004-PA/TC, Fundamento 12. El resaltado de la letra es a3adido.

³⁴ EXP. N.º 3361-2004-PA/TC, Fundamento 41. El resaltado de la letra es a3adido.



Respuesta a la tercera cuestión

La tercera de las planteadas cuestiones se resuelve afirmando que el contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso, si bien se define en las concretas circunstancias de cada caso, es posible justificar de modo general que en relación a los procesos de selección de personas para ejercer la función pública notarial, al menos son exigibles la garantía de la motivación de la decisión; la garantía de imparcialidad del órgano decisor y la garantía de razonabilidad y proporcionalidad de la decisión tomada.

Siempre en referencia al proceso de selección de notarios para acceder a la función pública notarial, se pueden presentar las siguientes conclusiones como exigencias iusfundamentales de cada una de las mencionadas garantías del debido proceso:

A. Respetto a la garantía de motivación de la decisión

En la medida que las razones son una garantía de la justicia de la decisión exigida por la dignidad de la Persona, una decisión sin razones, o con razones aparentes, o con razones insuficientes, es una decisión arbitraria y, por tanto, necesariamente indigna y por ello inconstitucional. Esta exigencia de justificación es especialmente predicable de las decisiones que afectan (restringen) derechos fundamentales. Este es el caso de las decisiones que se han de adoptar en cada una de las etapas que, como se verá más adelante, conforman el proceso de selección de notarios, porque este proceso está relacionado directamente con el ejercicio del contenido esencial del derecho fundamental de acceso a la función pública. En estos casos, la obligación de justificar la decisión resulta más relevante, aún cuando se trate del ejercicio de poderes discrecionales; de modo que surge la obligación de dar todas las razones por lo que se toma una decisión, de forma tal que no quede resquicio de duda acerca de la no arbitrariedad de la decisión.

B. Respetto a la garantía de imparcialidad del órgano decisor

En la medida, también, que la objetividad de quien toma la decisión es una garantía de la justicia de la decisión que afecta a la Persona, una decisión adoptada por un órgano parcializado, es una decisión indigna y, por tanto, una decisión injusta al menos formalmente. Particular relevancia tiene esta garantía para cuando se trata de decidir acerca del ejercicio de un derecho fundamental como es el derecho de acceso a la función pública notarial. Esta garantía iusfundamental, exige que cada uno de los miembros del Jurado calificador en el proceso de selección de notarios, se conduzca sin tener ningún prejuicio favorable o desfavorable respecto de ninguno de los candidatos. Consecuentemente, se obliga a que en los márgenes de acción que le depara el concurso, cada miembro del Jurado se desenvuelva sin afectar esta exigida objetividad. Así, y sólo de modo enunciativo, le estará proscrito :

no ajustarse a los baremos claramente definidos en la norma para evaluar el curriculum de cada candidato;

principalmente en el examen oral (que es la etapa que permite más amplios márgenes de acción subjetiva para el Jurado), que no se formulen preguntas manifiestamente maliciosas o manifiestamente irrazonables, desvinculadas de modo claro con la finalidad de la evaluación;

evitar manifestar en cualquier etapa del proceso, juicio de valor (ni positivo ni negativo) alguno respecto de los candidatos;

mostrar siempre un trato igual a todos los candidatos (en la valoración de su curriculum, en la formulación de preguntas con razonable igual grado de dificultad, etc).

C. Respetto de la garantía de razonabilidad de la decisión

Finalmente, la decisión que se adopta en cada una de las etapas que conforman el proceso de selección de notarios, no sólo se ha de ajustar a las exigencias formales del debido proceso, sino que además deberá cumplir con las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad que le exige el valor justicia. De lo contrario, la decisión final de incorporación o de no incorporación de un candidato a la función pública notarial, podrá ser una decisión injusta y, por ello, indigna.

Sobre la base de estas conclusiones, resulta relevante formular la cuestión siguiente.

CUARTA CUESTIÓN: SI FUESE EL CASO QUE SE VULNERASE EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO EN EL CONCURSO DE MÉRITOS PARA ACCEDER A UNA PLAZA DE NOTARIO, ¿ESTARÍA AGREDIDO TAMBIÉN ALGÚN OTRO DERECHO FUNDAMENTAL?

En la Constitución peruana no se ha recogido expresamente como derecho fundamental el derecho de acceso a la función pública. No obstante, el Tribunal Constitucional lo ha considerado como derecho fundamental implícito a partir del artículo 3 de la Constitución y a partir de su recogimiento en tratados internacionales vinculantes para el Perú: artículo 23.1.c de la Convención americana sobre derechos humanos y el artículo 25.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Con base en este reconocimiento, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de definir su contenido esencial. Primero ha identificado el bien humano (bien jurídico) que está en la base de este derecho: “el acceso a la función representa en sí mismo el bien jurídico protegido por este derecho fundamental”³⁵, “el derecho de acceso a la función pública

³⁵ EXP. N.º 025 y 026-2005-PI/TC, Fundamento 39.



detenta un bien jurídico autónomo de protección: el acceso a la función pública, la participación en la función pública”³⁶; para luego hacer referencia a su contenido esencial en los términos siguientes:

“Este Tribunal entiende que los contenidos de este derecho son los siguientes: **a) Acceder o ingresar a la función pública.** b) Ejercerla plenamente. c) Ascender en la función pública. d) Condiciones iguales de acceso”³⁷.

En referencia al primero de los elementos que conforman el contenido esencial de este derecho fundamental, el acceso debe producirse una vez cumplidos los requisitos de acceso, “requisitos cuya validez está condicionada a su constitucionalidad”³⁸. Tales requisitos son manifestación del principio de acceso por mérito, que rige el acceso a la función pública no representativa como es la notarial, así “el mérito es el único criterio selectivo para acceder a la función pública”³⁹. Pues bien, la verificación del cumplimiento de tales requisitos para determinar el mérito de los candidatos a acceder a la función pública “habrá de respetar los derechos fundamentales”⁴⁰ del postulante. Esto significa que si en la comprobación de si un postulante cumple o no con el mérito para acceder a la función pública notarial se vulnera alguno de sus derechos fundamentales, como puede acontecer por la trasgresión de alguna de las garantías del debido proceso, se vulnera también y de modo necesario, el contenido esencial del derecho de acceso a la función pública.

Consecuentemente, esta cuarta cuestión queda respondida de la manera siguiente: si se vulnera el derecho fundamental del debido proceso a uno de los postulantes a una plaza de notario, se habrá vulnerado también el contenido esencial del derecho fundamental a acceder a la función pública. Llegados a este punto es necesario plantear una última cuestión.

QUINTA CUESTIÓN: ¿ES POSIBLE UNA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN TORNO A UN PROCESO DE ACCESO A LA FUNCIÓN NOTARIAL?

Regulación del proceso de acceso a la función pública notarial

Es relevante para resolver esta cuestión, analizar el proceso de selección de notarios. En los dos primeros párrafos del artículo 16 del Reglamento del concurso público, se ha dispuesto

Artículo 16.- De las etapas de evaluación

³⁶ Idem, 41.

³⁷ Idem., 43. El resaltado de la letra es añadido..

³⁸ Idem, 46.

³⁹ Idem, 49.

⁴⁰ Idem, 47.

Las etapas de la evaluación durante el Concurso Público de Méritos para el acceso a la función notarial son las siguientes:

- a) Calificación del currículum vitae.
- b) Examen escrito.
- c) Examen oral.

Los resultados de cada etapa de evaluación son eliminatorias e irrevisables (..).

Mientras que en el artículo 24 del mismo Reglamento, se ha dispuesto que:

Artículo 24.- Del resultado final

En la misma fecha y en forma inmediata a la calificación del examen oral a que se refiere el artículo anterior, **el Jurado establecerá el promedio final de cada postulante aprobado en las tres etapas del concurso**, aplicando los pesos previstos en el artículo 16 del presente Reglamento.

(...).

Concluida la calificación final, el Jurado elaborará el Acta de Proclamación, en la que **se consignarán las notas obtenidas por los postulantes en cada una de las etapas del concurso, la aplicación del peso diferenciado y el promedio final en orden de mérito**. Dicha relación constará en acta y será firmada por el Presidente del jurado y los miembros asistentes, publicándose una copia en lugar visible del local donde se realizó el examen oral, en el mismo día en que se estableció el resultado final.

(...)”

De las disposiciones que regulan el proceso de acceso a la función pública notarial, principalmente de las que han sido transcritas, es posible concluir que la decisión final es producto de una mera operación matemática que se construye sobre la base de las decisiones preliminares que al final de cada una de las tres etapas haya adoptado el Jurado calificador. Esto lleva a sostener que las garantías formales y materiales del debido proceso se han de exigir en cada una de estas etapas, de modo que las mismas pueden ser quebrantadas si se contradicen en su contenido esencial a la hora de adoptar una decisión en cada una de las tres etapas que conforman el proceso de selección.

La interpretación constitucionalmente correcta de la disposición por la que “los resultados de cada etapa de evaluación son irrevisables”

Ocurre, no obstante, que en el segundo párrafo del artículo 16 del Reglamento del concurso se ha dispuesto que “los resultados de cada etapa de evaluación son eliminatorias



e irrevisables”. Respecto de esta prohibición hay que plantear la pregunta de si es un impedimento efectivo para evitar el control de constitucionalidad sobre cada una de las decisiones preliminares que conforman el proceso de selección.

La respuesta a esta cuestión empezará recordando que en un Estado constitucional de derecho, como es el caso peruano, está proscrita constitucionalmente la existencia de zonas exentas de vinculación a la Constitución. Aquí ha sido justificado que el proceso de selección de notarios es un proceso que se ha de ajustar a las exigencias constitucionales del derecho fundamental al debido proceso y a las del derecho de acceso a la función pública. Si está ordenada la vinculación de este proceso a la Constitución, estará ordenado también el control de la referida vinculación a la Constitución. Precisamente porque se trata de la vinculación a normas iusfundamentales, es que el control ha de operar a través de las garantías constitucionales que protegen derechos fundamentales. En la medida que los derechos fundamentales concernidos son los dos mencionados antes, entonces, constitucionalmente está exigido que la defensa de los mismos en el seno de un proceso de selección de notarios corra por cuenta del proceso de amparo.

Así, el artículo 200.2 de la Constitución se desprende la siguiente norma: “Está ordenado que los derechos fundamentales que no sean protegidos por el hábeas corpus y el hábeas data, sean protegidos a través del amparo”. Para el caso de los postulantes a una plaza de notarios, rige la siguiente regla constitucional:

“Nc: Está ordenado que, en un concurso de méritos para acceder a una plaza de notario, la defensa de los derechos al debido proceso y de acceso a la función pública notarial de los candidatos, se produzca a través del proceso de amparo”.

Esta norma que se concluye desde la Constitución prevalece sobre la norma que pueda concluirse a partir de una disposición reglamentaria aprobada mediante Decreto supremo. De modo que si del mencionado artículo 16 del Reglamento del concurso se concluyese una norma contraria a la de rango constitucional, simplemente ocurriría que la norma reglamentaria sería ineficaz por inconstitucional. Así, sería inconstitucional la siguiente interpretación de la mencionada disposición reglamentaria:

“Está prohibido revisar los resultados de cada etapa de evaluación”⁴¹.

Por el contrario, y con base en el principio de interpretación conforme a la Constitución, se ha de intentar encontrar un significado interpretativo del artículo 16 del Reglamento de

⁴¹ La regla que desde esta norma se formularía para los postulantes a un plaza de notario en un proceso de acceso a la función pública notarial sería la siguiente: “Está prohibido defender los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la función pública notarial agredidos en el proceso para acceder a la función pública notarial”.

concursos que sea compatible con los mandatos constitucionales. Tal interpretación es la siguiente:

“N_R: Está ordenado asumir que los resultados de cada etapa de evaluación son eliminatorias e irrevisables, salvo vulneren derechos fundamentales”⁴².

Esta es una interpretación que es compatible con la norma que brota del artículo 200.2 de la Constitución, consecuentemente, no se podrá tener como inconstitucional al mencionado artículo 16 del Reglamento, siempre que se le interprete según N_R.

Respuesta a la quinta cuestión

Se ha de responder, pues, esta quinta cuestión de la manera siguiente: está permitida la protección del contenido esencial de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la función pública notarial, vulnerados en cualquiera de las tres etapas que componen el proceso en el que consiste el concurso de méritos para acceder a una plaza de notario. La disposición que prohíbe la revisión de los resultados de cada etapa es inconstitucional si se le interpreta como una prohibición para acudir al amparo constitucional cuando ocurre una vulneración manifiesta de los mencionados (o de cualesquiera otros) derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

A través de cinco cuestiones se ha pretendido por un lado manifestar la problemática nada despreciable que presentan los procesos de selección de notarios en nuestro sistema jurídico; y a la vez, justificar la respuesta a cada una de esas cuestiones de la manera que más se ajuste tanto a la posición jurídico constitucional de la Persona en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 1 de la Constitución); como a las exigencias propias del Estado constitucional de derecho. La plena normatividad de la Constitución y, consecuentemente, la plena normatividad de las exigencias de justicia en ella positivadas, exigen que no se reconozca la existencia de ámbitos exentos de sujeción a los mandatos constitucionales y al control constitucional de esa sujeción. Después de haber logrado la sujeción constitucional de espacios como las decisiones del JNE, del CNM, de las decisiones de pase a retiro militar, de las decisiones fiscales, entre otras, el ámbito notarial es uno de los últimos espacios que reclama una expresa y efectiva sujeción a las exigencias de justicia que dimanen de la Constitución.

⁴² Esta es la norma que se ha de asignar al segundo párrafo del artículo 16 del Reglamento del concurso público. De esta norma se concluye la regla siguiente: “Está permitido defender los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la función pública notarial agredidos en el proceso para acceder a la función pública notarial”.

