

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO JURISDICCIONAL
Expediente N.º 0035-2010-PI/TC

SENTENCIA
DEL PLENO DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 9 de noviembre de 2011

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N.º 29318, Ley que modifica diversos artículos de la Ley N.º 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República de la República

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N.º 29318, que modifica los artículos 37º y 38º de la Ley 28091, Ley de Servicio Diplomático de la República, y contra el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N.º 29318.

Magistrados firmantes:

MESÍA RAMÍREZ

VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS

ETO CRUZ
URVIOLA HANI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima (Arequipa), a los 9 días del mes de noviembre de 2011, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega, y los votos singulares de los magistrados Álvarez Miranda y Calle Hayen, que también se agregan.

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra los artículos 37º, inciso b), 38º, incisos a) y b), de la Ley 28091, Ley de Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318, y contra el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318.

II. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de diciembre de 2010, el Colegio de Abogados de Lima, representado por su Decano don José Antonio Nique de la Puente, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 18, inciso a), 37º, inciso b); 38º, incisos a) y b), de la Ley 28091, Ley de Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318; así como contra el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318. Alega que los dispositivos impugnados vulneran los derechos fundamentales al trabajo, promoción del empleo, acceso a la función pública e igualdad de trato, y a la carrera administrativa, contraviniendo los artículos 2º (incisos 2), 22º, 23º, 26º (inciso 1) y 40º de la Constitución.

El apoderado del Congreso de la República contesta la demanda, el 22 de junio de 2011, y solicita que sea declarada infundada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

III. FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 18º inciso a), 37º (inciso “b”) y 38º (incisos “a” y “b”) de la Ley 28091, Ley de Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318; así como la inconstitucionalidad del primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N.º 29318.
2. Si bien el demandante menciona (en su “Petitorio”) que impugna también el artículo 18º, inciso a), de la Ley del Servicio Diplomático de la República, modificado por la Ley N° 29318, de la fundamentación de su demanda se aprecia que el cuestionamiento de constitucionalidad no recae sobre dicho dispositivo, sino en torno a la regulación que de éste hace la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318. Por tal razón, no se incluye en la presente sentencia el análisis de constitucionalidad del artículo 18º, inciso a), de la Ley del Servicio Diplomático de la República, modificado por la Ley N.º 29318.
3. A efectos del análisis, el Tribunal considera necesario agrupar las disposiciones impugnadas en dos apartados: uno primero *Sobre los requisitos para el ascenso a Ministro y a Embajador*, donde se analizará la constitucionalidad del artículo 37º, inciso b), y del artículo 38º, incisos a) y b); y uno segundo, donde se examinará el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318 a la luz del derecho-principio de igualdad.

§1 Sobre los requisitos para el ascenso a Ministro y a Embajador (artículo 37º, inciso “b”, y artículo 38º, incisos “a” y “b”, de la Ley del Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318)

a) Argumentos de la demanda

4. Señala el demandante que las exigencias indicadas por la norma impugnada no se sustentan en las cualidades, competencias profesionales, trayectoria y/o capacidad para asumir las nuevas responsabilidades que importa el ascenso. La satisfacción de los requisitos impugnados no se encuentra dentro del ámbito de realización del funcionario público diplomático, sino de la facultad discrecional de la alta dirección de la administración estatal, ya que el diplomático está a disposición del servicio que se le asigne, resultando el acto de designación absolutamente discrecional para la administración y, por ende, arbitrario, pues incluso existiendo solicitud de preferencia para el destino por parte del funcionario diplomático, ello no implica



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

una designación conforme a su pedido, que puede ser rechazado sin motivación alguna.

5. Según el demandante, para que los requisitos contenidos en los artículos 37º, inciso a), y 38º, incisos a) y b), sean compatibles con el derecho de ascenso y promoción en el empleo en condiciones de igualdad, es necesario el cumplimiento de exigencias mínimas como: i) Que sean adecuados e idóneos para el cargo de que se trate; ii) Que todos los funcionarios que se encuentren en la situación de ascenso a las categorías de Ministro o Embajador tengan las mismas posibilidades de acceso a los requisitos exigidos en condiciones de igualdad; iii) Que las posibilidades de acceso a los requisitos se encuentren determinadas o reguladas por exigencias, consideraciones y/o criterios objetivos y razonables, que deben encontrarse exentos de la discrecionalidad absoluta de la autoridad administrativa superior, del azar o de alguna condición irrazonable o desproporcionada. De no cumplirse alguna de estas condiciones, concluye el demandante, la exigencia de estos requisitos resultará irrazonable, discriminatoria y, por ende, inconstitucional, pues afectaría el derecho al ascenso y promoción en el empleo en condiciones de igualdad.

b) Argumentos de la contestación de la demanda

6. Afirma el emplazado que los requisitos contenidos en el artículo 37º, inciso a), y en el artículo 38º, incisos a) y b), de la Ley impugnada están, contrariamente a lo señalado por el demandante, relacionados con los cargos que han desempeñado los miembros del Servicio Diplomático desde que iniciaron su carrera en la categoría de Tercer Secretario. Asimismo, las exigencias contenidas en el artículo 38º, incisos a) y b), se sustentan en la capacidad que deben tener los miembros del Servicio Diplomático que ascienden a la categoría de Embajador, para asumir los cargos de Alta Dirección y nivel directivo propios de su categoría.
7. Respecto a lo sostenido por el demandante, en el sentido de que *"el diplomático se encuentra a disposición del servicio que se le asigne (...) (y) no se advierte la existencia de algún tipo de procedimiento que pueda servir para determinar la designación"*, considera el emplazado que esta afirmación es inexacta, pues la Ley del Servicio Diplomático de la República establece en su artículo 8º (inciso "e") que el miembro del Servicio Diplomático tiene derecho: *"A expresar opinión ante las instancias correspondientes de la Cancillería sobre los cargos que podría desempeñar tanto en Lima como en el exterior"*, lo cual se encuentra también previsto en el artículo 19º, inciso e), del Reglamento de dicha Ley.
8. En respaldo a su posición sobre la constitucionalidad de las impugnadas exigencias para el ascenso a Embajador y a Ministro, el emplazado cita las STC 04331-2008-PA/TC, 05199-2008-PA/TC, 00527-2009-PA/TC y 01731-2009-PA/TC, que se han



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

pronunciado por la conformidad constitucional de la versión original (que no difiere mayormente de la actual) de los requisitos previstos en el inciso b) del artículo 37º (Requisito de ascenso a Ministro), y en los incisos a) y b) del artículo 38º (Requisitos de ascenso a Embajador) de la Ley del Servicio Diplomático de la República.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

9. Las normas cuya inconstitucional reclaman los demandantes están contenidas en los artículos 37º, inciso b), y 38º, incisos a) y b), de la Ley del Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318, cuyos textos son los siguientes:

“Artículo 37.- Requisitos de ascenso a Ministro

A fin de estar aptos para ser promovidos a la categoría de Ministro, los Ministros Consejeros deben, además del plazo de permanencia en la categoría, cumplir los siguientes requisitos:

(...)

b) Haber servido en una misión de condiciones de trabajo y de vida difíciles, de acuerdo con la clasificación establecida en el Reglamento.

(...)”

Artículo 38.- Requisitos de ascenso a Embajador

A fin de estar aptos para ser promovidos a la categoría de Embajador, los Ministros deben, además del plazo de permanencia en la categoría, cumplir los siguientes requisitos:

a) Haber servido acumulativamente tres años en un cargo con responsabilidad directiva, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de la presente Ley.

b) Haber servido dos años en una misión consular.

(...)”

Derecho a la promoción o ascenso en el empleo en igualdad de condiciones

10. Siendo el derecho a la promoción o ascenso en el empleo en igualdad de condiciones el derecho supuestamente vulnerado, es preciso recordar la doctrina expuesta en la STC 04331-2008-PA/TC (fundamentos 7 a 9), conforme a la cual éste es un derecho fundamental que se encuentra reconocido en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos. Así, en virtud del inciso c) del artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Estado peruano reconoce el derecho de todas las personas al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren la igual oportunidad para ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad.

En sentido similar, el inciso c) del artículo 7º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) reconoce que el trabajador tiene derecho a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, para lo cual se tendrán en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio.

11. El derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones [independientemente de su reconocimiento en un tratado internacional sobre derechos humanos que tiene rango constitucional (cfr. STC 0025-2004-PI/TC, Fund. Jur. 25-34)] es un contenido implícito de un derecho reconocido expresamente por la Constitución, como lo es el derecho al trabajo, entendido como un medio de realización de la persona (artículo 22º) y del derecho-principio de igualdad de trato y de oportunidades en la relación laboral (artículo 26º, inciso 1). Mediante este derecho se trata de dar opción, sin preferencias ni discriminaciones, a los trabajadores que se encuentran en una misma situación para que puedan acceder en igualdad de condiciones a la promoción profesional, contribuyéndose de este modo a la realización y el desarrollo del trabajador, y a la configuración del trabajo decente.
12. De este modo, el derecho a la promoción en el empleo se vulnera cuando se imponen restricciones que impiden o dificultan a los trabajadores ascender en base a sus méritos, o si se les exige requisitos irrazonables o imposibles de cumplir, o cuando no se les promueve por ser discriminados por motivos de raza, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, condición económica o de cualquier otra índole, a pesar de que cuentan con los méritos suficientes y han aprobado el concurso para ser promovidos.
13. La promoción o ascenso en el empleo se vincula con una actividad previa —la capacitación o formación profesional— y una garantía de igualdad y de no discriminación para el conjunto de los trabajadores. Por ello, el PIDESC y el Protocolo de San Salvador exigen como requisito objetivo de la promoción la acreditación de un conjunto de aptitudes, conocimientos teóricos y prácticos y experiencia que permitan ejercer una ocupación determinada.

Los requisitos de ascenso para la categoría de Embajador y de Ministro

14. Delimitado el derecho a la promoción en el empleo en igualdad de condiciones, corresponde analizar si el contenido normativo de los requisitos cuestionados afectan ese derecho y, consecuentemente, vulneran la Constitución. Así, según el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

artículo 37º (inciso b) de la Ley del Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318, uno de los requisitos para el ascenso a Ministro es haber servido en una misión de condiciones de trabajo y de vida difíciles, de acuerdo con la clasificación establecida en el Reglamento.

15. De otro lado, el artículo 38º de la Ley del Servicio Diplomático de la República (con la modificación de la Ley N° 29318), prescribe que a fin de estar aptos para ser promovidos a la categoría de Embajador, los Ministros deben, además del plazo de permanencia en la categoría, cumplir, entre otros requisitos: **inciso a)** haber servido acumulativamente tres años en un cargo con responsabilidad directiva, de conformidad con lo establecido en el Reglamento; e **inciso b)** haber servido dos años en una misión consular.

16. Teniendo presentes los indicados requisitos, y siguiendo el criterio jurisprudencial establecido en decisiones de este Supremo Intérprete de la Constitución, como la STC 05199-2008-PA/TC, STC 00527-2009-PA/TC y STC 01731-2009-PA/TC, el Tribunal Constitucional considera que el inciso b) del artículo 37º y los incisos a) y b) del artículo 38º de la Ley del Servicio Diplomático de la República (modificada por la Ley N° 29318), no contravienen el derecho a la promoción en el empleo, pues los requisitos mencionados [a) haber servido en una misión de condiciones de trabajo y de vida difíciles; b) tres años en un cargo con responsabilidad directiva; y c) haber servido dos años en una misión consular] no resultan desproporcionados ni tampoco su cumplimiento resulta imposible, por lo que su exigencia resulta razonable y legítima.

En efecto, los impugnados requisitos para el ascenso a la categoría de Embajador y de Ministro no son irrazonables ni desproporcionados, pues tienen relación directa en el tiempo de servicio, la calidad y la experiencia que se desea en el funcionario, especialmente para las más altas categorías del Servicio Diplomático como son las de Ministro y de Embajador.

17. Así, el requisito tres años de servicio en un cargo con responsabilidad directiva tiene por finalidad que los Ministros que asuman la categoría de Embajadores no sean funcionarios sin experiencia en cargos directivos. Lo mismo puede afirmarse respecto al plazo mínimo de dos años de servicio en una misión consular, donde se valora la experiencia del funcionario —por un tiempo mínimo que este Tribunal juzga razonable— en un cargo en el exterior (cfr. artículo 63º, inciso B, del Decreto Supremo N° 130-2003-RE, Reglamento de la Ley del Servicio Diplomático de la República).

18. Respecto al requisito para ascender de Ministro Consejero a Ministro (haber servido en una misión de condiciones de trabajo y de vida difíciles), el Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

Constitucional considera que esta exigencia apunta también a la experiencia del funcionario, pero valorando especialmente haberla adquirido en el contexto específico del servicio en misiones ubicadas en países no considerados desarrollados, que así es como entiende las "*condiciones de trabajo y de vida difíciles*" el Reglamento de la Ley del Servicio Diplomático de la República (Decreto Supremo N° 130-2003-RE, artículo 95° y artículo 110°, inciso "b").

19. Por lo demás, este Tribunal aprecia que el artículo 30° de la Ley de Servicio Diplomático de la República dispone que los funcionarios deban servir, alternadamente, seis años en el exterior y tres años en el país, lo que facilitaría el cumplimiento de los requisitos exigidos para el ascenso a las categorías de Ministro y de Embajador. Del mismo modo, el artículo 34° de este mismo cuerpo normativo regula los plazos mínimos de permanencia en cada categoría del Servicio Diplomático, otorgándose un tiempo razonable para que los funcionarios puedan cumplir con los requisitos exigidos por la Ley para los ascensos.
20. No obstante, si en la aplicación de estos requisitos en casos específicos se vulneraran derechos constitucionales, el afectado podría acudir residualmente a la jurisdicción constitucional a través del proceso de amparo. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si el Ministerio de Relaciones Exteriores no brindara oportunidades para el cumplimiento de tales requisitos, afectando el derecho a la promoción en el empleo. Es decir, si el incumplimiento de las exigencias para el ascenso se diera por causa no imputable al interesado, sino al mencionado Ministerio (cfr. STC 04331-2008-PA/TC).

En consecuencia, debe desestimarse la demanda en el extremo referido a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 37°, inciso b), y del artículo 38°, incisos a) y b), de la Ley de Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318.

§2 El primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318 a la luz del derecho-principio de igualdad

a) Argumentos de la demanda

21. Indica el demandante que la Ley del Servicio Diplomático de la República, con la modificación introducida por la Ley N° 29318, regula dos causas alternativas de pase a la situación de retiro del Servicio Diplomático: cumplir 70 años de edad o permanecer por 20 años en una misma categoría. Siendo así y en estricta aplicación inmediata de las leyes y la teoría de los hechos cumplidos (artículo 103° de la Constitución), a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 29318, esto es, del 21 de enero de 2009 debían pasar al retiro los funcionarios que se encontraran en las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

siguientes situaciones: i) Que a la fecha (21 de enero de 2009) tuvieran más de 20 años en una misma categoría; ii) Los que adquieran esa condición a partir del 21 de enero de 2009.

22. No obstante, la impugnada Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318 introduce una regla conforme a la cual la permanencia por más de 20 años en la misma categoría sólo se aplicará a partir del 21 de enero de 2009 a: i) Los nuevos ascensos; ii) Los funcionarios diplomáticos que ascendieron por última vez después del 1 de enero de 2000; quedando excluidos de la causal de pase al retiro por permanencia de 20 años en la misma categoría, los que ascendieron por última vez hasta el 1 de enero de 2000, quienes pasarán al retiro al cumplimiento de los 70 años de edad.
23. A su juicio, esta regla limita las posibilidades de cumplimiento de la finalidad para la cual fue introducida la causal de pase a situación de retiro por 20 años de permanencia en una categoría, esto es, armonizar las razonables expectativas profesionales con las necesidades del país, al igual que el incentivo de cumplimiento de metas profesionales. En su opinión, esta regla favorece la concentración de un considerable número de personas en las categorías más altas, impidiendo la rotación del personal y la acumulación de experiencia, pues aproximadamente 31 funcionarios en la categoría de Embajador y 11 en la de Ministros, pese a cumplir 20 años en la categoría, no pasarán a la situación de retiro sino hasta cumplir 70 años de edad. Considera que la norma impugnada limita las posibilidades de la renovación de cuadros, impidiendo la rotación de personal y el ascenso. Asimismo, favorece a funcionarios que no han podido ascender por falta de méritos o capacidades suficientes a categorías superiores o que no pueden ascender más por haber llegado a la más alta categoría. Según el demandante, la causal de permanencia por no más de 20 años en la misma categoría para el pase a la situación de retiro aplicada a un grupo de miembros del Servicio Diplomático y a otros no, es evidentemente inconstitucional, afectándose de modo grave el derecho de ascender en la carrera diplomática en condiciones de igualdad.

b) Argumentos de la contestación de la demanda

24. Sostiene el emplazado que para garantizar la plena vigencia del derecho de ascenso en condiciones de igualdad, no sólo se debe proteger el ascenso, sino también el pleno desenvolvimiento de la función pública, lo que implica la permanencia en la misma. En esta línea se encuentra la impugnada Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318, porque establece que los miembros del Servicio Diplomático pasan a la situación de retiro al cumplir veinte años en cualquier categoría (para propiciar el ascenso en la función pública), pero no en todos los casos (para propiciar el pleno desenvolvimiento de la función



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

pública).

25. Según el emplazado, el objetivo del tratamiento diferenciado (entre los funcionarios que ascendieron hasta el 1 de enero de 2000 y los que lo hicieron después de esa fecha) es la conformación de un *mecanismo moderado de renovación de cuadros* en el Servicio Diplomático. El fin que se persigue con ello es *coadyuvar a la consecución de la idoneidad del Servicio Diplomático* y, a su vez, garantizar la vigencia del derecho a ejercer plenamente la función pública, permitiendo la permanencia de los miembros del Servicio Diplomático por un tiempo razonable. Así, pues, se establece la posibilidad de que exista una renovación en cada categoría del Servicio Diplomático, pero sin que esto signifique que se va a aplicar a todos los casos, porque ello iría en desmedro de la permanencia en la función pública de aquellos miembros del Servicio Diplomático que han logrado acceder a las más altas categorías sobre la base de sus capacidades, méritos y experiencia, afectando negativamente la idoneidad del Servicio Diplomático.

c) Consideraciones del Tribunal Constitucional

26. El principio-derecho de igualdad se encuentra reconocido en el inciso 2) del artículo 2 de la Constitución, según el cual:

“Toda persona tiene derecho a: (...) 2. La igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”

27. En diversas oportunidades este Tribunal ha hecho referencia al contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica. En la STC 00045-2004-AI/TC, recordamos que la igualdad

“detenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material *objetivo* que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un *derecho a no ser discriminado* por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes” [F.J. N.º 20].

28. Del mismo modo, este Tribunal ha recordado que este derecho no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad presupone el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es, hemos afirmado que su programa normativo admite la realización de tratos diferenciados. Esto último no puede confundirse con el trato discriminatorio. La cuestión de cuál



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

sea la línea de frontera entre una diferenciación constitucionalmente admisible y una discriminación inválida fue expuesta en la STC 0045-2004-PI/TC. Allí dejamos entrever que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando esta carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad [F.J. 31 *in fine*]. Desde esta perspectiva, pues, el trato diferenciado deviene en trato discriminatorio y es, por tanto, incompatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho de igualdad, siempre que éste no satisfaga las exigencias derivadas de cada uno de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad.

29. La determinación de si existe o no una injerencia injustificada al mandato de no discriminación es parte de un juicio complejo. A ella no se llega, como por lo general sucede con el resto de derechos fundamentales, analizándose si la acción u omisión que se cuestiona afecta el ámbito protegido por el derecho de igualdad [STC 0976-2001-AA/TC, Fund. Jur. 3]. Antes de ello se requiere que se determine la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante.
30. La identificación de tal diferenciación jurídicamente relevante se realiza mediante la comparación. Ella comporta un análisis del trato que se cuestiona con un objeto, sujeto, situación o relación distintos. Su finalidad es identificar que a supuestos iguales se haya previsto consecuencias jurídicas distintas, o si se ha realizado un trato semejante a situaciones desiguales. En el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación (*tertium comparationis*).
31. Para que un objeto, sujeto, situación o relación sirva como término de comparación es preciso que presente determinadas cualidades. La primera de ellas tiene que ver con su validez. El empleo del *tertium comparationis* presupone su conformidad con el ordenamiento jurídico. No ha de tratarse de un término de comparación que por las razones que fueran se encuentre prohibido, por ejemplo, por la Ley Fundamental [Cfr. STC 00019-2010-PI/TC, Fund. Jur. 16]. Es preciso, igualmente, que el *tertium comparationis* sea idóneo. El requisito de idoneidad al que aquí se alude no tiene nada que ver con las cargas argumentativas que exige el subprincipio del mismo nombre que conforma el principio de proporcionalidad [Cfr. para tales alcances, la STC 00045-2004-PI/TC, Fund. Jur. 38]. Antes bien, como expusimos en la STC 0014-2007-PI/TC (Fund. Jur. 12), la idoneidad del término de comparación, en este contexto, hace referencia a la necesidad de que éste represente una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia.
32. Tal identidad no alude a la mismidad de rasgos entre las dos situaciones que se comparan, sino al hecho de que se traten de situaciones que puedan ser



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

jurídicamente equiparables. Entre lo que se compara y aquello con lo cual éste es comparado, han de existir cualidades, caracteres, rasgos o atributos comunes. La inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación, impide que se pueda determinar una intervención sobre el principio-derecho de igualdad [*Cfr.* STC 0019-2010-PI/TC, Fund. Jur. 15; STC 0017-2010-PI/TC, Fund. Jur. 4-5; STC 0022-2010-PI/TC, Fund. Jur. 15 y 18]. Por ello, es tarea de quien cuestiona una infracción a dicho derecho proceder con su identificación, así como con la aportación de razones y argumentos por las que éste debería considerarse como un *tertium comparationis* válido e idóneo [*cfr.* STC 00031-2004-PI/TC, Fund. Jur. 16; STC 0008-2004-PI/TC, Fund. Jur. 131-132; STC 00015-2002-PI/TC y, últimamente, en las RTC 00640-2011-PA/TC, Fund. Jur. 5; RTC 03931-2010-PA/TC, Fund. Jur. 6]. Y puesto que de la validez e idoneidad del término de comparación depende la determinación (o no) de una intervención al mandato de prohibición de discriminación, su análisis se presenta como un *prius* a la determinación de su lesividad.

33. En el presente caso, la objeción de discriminación ha recaído en el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria de la Ley N° 29318, que prescribe:

"El inciso a) del artículo 18, relacionado con los veinte años de permanencia en la categoría, se aplicará a los nuevos ascensos y a aquellos funcionarios diplomáticos que ascendieron por última vez después del 1 de enero de 2000".

Por su parte, el artículo 18º, inciso a), de la Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República de la República —mencionado en la norma impugnada—, con la modificación introducida por la Ley N° 29318, establece:

"Artículo 18.- Situación de retiro

La situación de retiro es aquella en la que el miembro del Servicio Diplomático se encuentra apartado definitivamente de la situación de actividad y tiene lugar en los siguientes casos:

a) Al cumplir los setenta años de edad o veinte años en cualquier categoría, lo que ocurra primero.

(...)"

34. La Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo N° 130-2003-RE, Reglamento de la Ley del Servicio Diplomático de la República, ayuda a apreciar el trato diferenciado que hace la norma impugnada entre los funcionarios diplomáticos que ascendieron por última vez hasta el 1 de enero de 2000 y los que ascendieron después de esa fecha:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

“El pase a la Situación de Retiro por límite de edad o límite de permanencia de veinte (20) años en cualquier categoría se aplicará de la siguiente manera:

El funcionario que ascendió por última vez hasta el 01 de enero de 2000 pasará, de oficio y por Resolución Suprema, a la Situación de Retiro al cumplir los setenta (70) años de edad.

*El funcionario que ascendió por última vez después del 01 de enero de 2000 pasará, de oficio y por Resolución Suprema, a la Situación de Retiro al cumplir *setenta (70) años de edad o veinte (20) años en cualquier categoría, lo que ocurra primero*” (énfasis añadido).*

35. La diferenciación en el trato que contiene la disposición impugnada consiste en distinguir la aplicación de la causal de pase a la situación de retiro por 20 años en cualquier categoría, entre funcionarios que ascendieron hasta el 1 de enero de 2000 y los funcionarios que ascendieron después del 1 de enero de 2000. De este modo:
- a) Los funcionarios que ascendieron por última vez hasta el 1/1/2000 **pueden permanecer más de 20 años** en cualquier categoría, **hasta cumplir 70 años.**
 - b) A diferencia de los funcionarios que ascendieron por última vez después del 1/1/2000, quienes pasarán a la situación de retiro **al cumplir 20 años** en cualquier categoría, **aun cuando tengan menos de 70 años.**
36. La diferenciación normativa entre los miembros del Servicio Diplomático que este Tribunal aprecia en la norma impugnada, puede graficarse de la siguiente manera:

01/01/2000

Los funcionarios que ascendieron por última vez hasta el 1/1/2000 **pueden permanecer más de 20 años** en cualquier categoría, **hasta cumplir 70 años.**

Los funcionarios que ascendieron por última vez después del 1/1/2000 pasarán a la situación de retiro al **cumplir 20 años** en cualquier categoría, **aun cuando tengan menos de 70 años.**

37. La identificación de dicho trato diferenciado ha sido consecuencia de que el término de comparación propuesto por el demandante es válido e idóneo. Este último carácter es consecuencia de que entre los miembros del Servicio Diplomático que ascendieron por última vez después del 1 de enero de 2000 y los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

que ascendieron con anterioridad, existe una identidad esencial de propiedades que permite realizar la comparación. Se trata, en ambos casos, de funcionarios del Servicio Diplomático, que cuentan con los mismos derechos y obligaciones (cfr. artículos 8º y 9º de la Ley del Servicio Diplomático de la República y artículos 19º a 22º de su Reglamento [Decreto Supremo N° 130-2003-RE]).

De modo que corresponde al Tribunal analizar si el trato diferenciado que realiza la norma impugnada entre quienes ascendieron por última vez hasta el 1 de enero de 2000 y los que asciendan después de esa fecha, es o no discriminatorio.

38. A este propósito, como ha señalado este Tribunal, el examen de si una disposición legal contraviene o no el derecho-principio de igualdad, ha de realizarse analizando si ésta es conforme con el *principio o test de proporcionalidad* (cfr. STC 045-2004-PI/TC, fundamento 31) y, en particular, con las exigencias derivadas de cada uno de los subprincipios que lo conforman: i) *idoneidad*; ii) *necesidad*; y iii) *proporcionalidad en sentido estricto* (cfr. STC 045-2004-AI/TC, fundamento 33).
39. Si el trato desigual supera el examen bajo los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, entonces la diferenciación será válida constitucionalmente. En caso contrario, el tratamiento desigual será una discriminación proscrita por la Constitución. Como ya se precisó en la STC 045-2004-AI/TC (fundamento 41), los mencionados subprincipios han de aplicarse sucesivamente. Primero, se ha de examinar la idoneidad de la intervención. Si la intervención en la igualdad —el trato diferenciado— no es idónea, entonces, será inconstitucional, sin que sea necesario examinarla bajo el subprincipio de necesidad. Por el contrario, si el trato diferenciado —la intervención— fuera idóneo, se procederá a su examen bajo el subprincipio de necesidad. Si el trato diferenciado superara el examen bajo este subprincipio, corresponderá someterlo a examen bajo el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. Y si supera este último escrutinio habrá que concluir que la diferenciación es constitucional.

c.1) Objetivo y fin constitucionales

40. Pero antes de aplicar el *principio o test de proporcionalidad* es necesario apreciar si el trato diferenciado, realizado entre los miembros del Servicio Diplomático que ascendieron por última vez hasta el 1 de enero de 2000 (que pueden permanecer más de 20 años en cualquier categoría, hasta cumplir 70 años de edad) y los que asciendan después de esa fecha (que no pueden permanecer más de 20 años en una categoría sin pasar a la situación de retiro), persigue un *objetivo* y está orientado a un *fin* constitucional. El *objetivo* es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. El *fin* viene a



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

ser el derecho, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo (cfr. STC 045-2004-PI/TC, fundamento 37).

41. Según el emplazado, el *objetivo* (conformación de un estado de cosas) del tratamiento diferenciado es instaurar un *mecanismo moderado de renovación de cuadros* en el Servicio Diplomático, pues con ello se permitirá la permanencia de algunos funcionarios por “*un tiempo razonable*”, atendiendo a que “*han logrado acceder a las más altas categorías sobre la base de sus capacidades, méritos y experiencia*”. Dicho *objetivo*, para este Tribunal, no resulta *per se* inconstitucional. Por su parte, el *fin* que se persigue, según el emplazado, es [a] “*coadyuvar a la consecución de la idoneidad del Servicio Diplomático y, a su vez, [b] garantizar la vigencia del derecho a ejercer plenamente la función pública —permitiendo la permanencia de los miembros del Servicio Diplomático en dicha función por un tiempo razonable—*” (cfr. página 39 de la contestación de la demanda).
42. A efectos de sustentar la necesidad de protección del “*derecho a ejercer plenamente la función pública*”, el emplazado invoca la STC 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC (fundamento 43), donde se señala que ese derecho es uno de los contenidos del derecho de acceso a la función pública, que puede verse perturbado por un menoscabo, restricción o limitación “*ilegítima*” (fundamento 44). No obstante, el emplazado no sustenta por qué en caso que la norma impugnada no realizara el tratado diferenciado cuestionado ocurriría un menoscabo, restricción o limitación ilegítima al “*derecho a ejercer plenamente la función pública*”. Más aún si se tiene en cuenta que el derecho de acceso y, en particular, el derecho al ejercicio de la función pública es un derecho de configuración legal y, por tanto, cuyo contenido, alcances y condiciones de ejercicio corresponde fijar libremente al legislador, sin mayores límites que los que de la Constitución se puedan derivar [STC 0005-2008-PI/TC, Fund. Jur. 89-90; STC 0008-2008-PI/TC, Fund. Jur. 43 y 48; STC 00025-2005-PI/TC, Fund. Jur. 97].
43. Por tanto, en la medida que la Constitución no garantiza que los funcionarios que pertenecen a la carrera diplomática ejerzan su derecho al ejercicio de la función pública bajo un régimen de derechos adquiridos [art. 103 de la Constitución], el Tribunal no entiende que este derecho pueda constituir uno de los fines que se pretenda optimizar con la conformación del objetivo. De modo que, a juicio del Tribunal, el *fin* constitucional del tratamiento diferenciado cuestionado en autos es, concretamente, *la idoneidad del Servicio Diplomático*, que es consustancial al cumplimiento de la competencia constitucional del Poder Ejecutivo de dirigir la política exterior y las relaciones internacionales (artículo 118º, inciso 11, de la Constitución).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

c.2) Examen de idoneidad

44. Conforme este Tribunal ha señalado, la idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado a través de la intervención legislativa y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. Desde esta perspectiva, en el examen de idoneidad el análisis del vínculo de causalidad puede desagregarse en la evaluación de la:

- (1) relación entre la intervención en la igualdad —*medio*— y el *objetivo*, y
- (2) relación entre *objetivo* y *finalidad* de la intervención (cfr. STC 045-2004-AI/TC, fundamento 38).

Corresponde analizar entonces: i) si el trato diferenciado es un medio conducente a la instauración en el Servicio Diplomático de un *mecanismo moderado de renovación de cuadros*; y ii) si el *mecanismo moderado de renovación de cuadros* es conducente a conformación de un *Servicio Diplomático idóneo*.

45. En lo que respecta al *examen de idoneidad*, el emplazado argumentó que

“(…) la conformación de un mecanismo moderado de renovación de cuadros en el Servicio Diplomático (objetivo) es un medio idóneo para coadyuvar a la consecución de la idoneidad del Servicio Diplomático y, a su vez, garantizar la vigencia del derecho a ejercer plenamente la función pública (fin). Así, pues, se establece la posibilidad de que exista una renovación en cada categoría del Servicio Diplomático, pero sin que ello signifique que se va a aplicar a todos los casos, porque ello iría en desmedro de la permanencia en la función pública de aquellos miembros del Servicio Diplomático que han logrado acceder a las más altas categorías sobre la base de sus capacidades, méritos y experiencia, afectando negativamente la idoneidad del Servicio Diplomático. La permanencia en la función pública constituye un requisito para el ejercicio pleno de dicha función.

De manera que, podemos concluir que la diferencia analizada es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo” (página 40 de la contestación de la demanda).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

46. A juicio del Tribunal, el tratamiento diferenciado que realiza la norma impugnada es idóneo para instaurar un *mecanismo moderado de renovación de cuadros* en el Servicio Diplomático (*objetivo*), y en cuanto evita cambios abruptos de funcionarios que ejecutan la política exterior y las relaciones internacionales trazadas por el Poder Ejecutivo, fomenta la existencia de un *Servicio Diplomático idóneo (finalidad)*. En consecuencia, el tratamiento diferenciado bajo análisis supera el examen de idoneidad.

c.3) Examen de necesidad

47. Respecto al examen de necesidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que éste importa el análisis de dos aspectos: (1) la identificación de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos, y (2) la determinación de (2.1) si tales medios —idóneos— *no intervienen* en la prohibición de discriminación, o (2.2) si, interviniendo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su *finalidad*. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado. Por tanto, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional (cfr. 045-2004-AI/TC, fundamento 39).

48. En ese sentido, son dos los aspectos que han de analizarse bajo el subprincipio de necesidad: a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización del objetivo, y b) si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la contenida en la norma impugnada.

En el caso de autos, el demandante considera que la ley impugnada no supera el examen de necesidad, pues es posible alcanzar el objetivo "*mediante otros medios*". No obstante, el Tribunal aprecia que el demandante no indica cuáles serían esos otros medios (cfr. página 43 de la demanda) ni, en caso existiesen, por qué éstos serían menos gravosos para el derecho-principio de igualdad. Por ello, y en la medida que en relación al objetivo que se persigue lograr, el Tribunal no advierte que exista alguna medida alternativa, hemos de concluirse que el tratamiento diferenciado cuestionado supera el examen de necesidad.

c.3) Examen de proporcionalidad en sentido estricto

49. Según ha señalado este Tribunal en la STC 045-2004-AI/TC (fundamento 40), el examen de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, proyectado al



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

análisis del trato diferenciado, consiste en una comparación entre el *grado de realización u optimización del fin constitucional* y la *intensidad de la intervención en la igualdad*. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada *ley de ponderación*. Conforme a ésta: "*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*".

50. Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación —o no realización— de un derecho o principio y la satisfacción —o realización— de otro. En el caso del derecho a la igualdad, es éste el afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado —la idoneidad del servicio diplomático— es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una *colisión* entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado.
51. Proyectada la *ley de ponderación* al análisis de la intervención de la igualdad, dicha ley sería enunciada en los siguientes términos: "*Cuanto mayor es el grado de afectación —intervención— al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional*". Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional. Por el contrario, si la intensidad de la afectación en el derecho-principio de igualdad es mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en ese derecho no estará justificada y será inconstitucional.
52. En el presente caso, hemos dejado establecido que el *fin constitucional* es la idoneidad del Servicio Diplomático. Por su parte, la *intervención* o limitación al derecho-principio de igualdad consiste en que no a todos los funcionarios del Servicio Diplomático se les aplicará por igual la causal de pase a la situación de retiro por cumplir 20 años en cualquier categoría.

Aplicando entonces la *ley de ponderación* al caso de autos, ha de decirse que *cuanto mayor es la intensidad de la intervención en el derecho-principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional, esto es, la idoneidad del Servicio Diplomático*.

Corresponde, por tanto, tener en cuenta tanto la *intensidad de la intervención* como el *grado de realización de la finalidad*, a efectos de que posteriormente pueda analizarse si se cumple o no con la *ley de ponderación*. Como ha expuesto este Tribunal, las intensidades de intervención pueden ser catalogadas de *grave, media o leve*; mientras que los grados de realización del fin constitucional pueden clasificarse en *elevado, medio o débil* (cfr. 0007-2006-PI/TC, fundamento 43).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

53. Pues bien, la intervención en el mandato de igualdad de condiciones en el ascenso o promoción en el empleo y, específicamente, en el ascenso en la carrera diplomática, siempre será una intervención de intensidad grave. Ello es así pues presupone, *in nuce*, una intervención en el ámbito del derecho de igualdad, cuyos efectos se despliegan en impedir o dificultar el ejercicio del derecho constitucional de promoción en el empleo [cfr. STC 00045-2004-PI/TC, Fund. Jur. 35 “a”]. Este último derecho a la promoción o ascenso en el empleo en igualdad de condiciones tiene, según hemos visto, rango constitucional, pues si bien no está expresamente formulado en la Constitución de 1993, sí se encuentra reconocido en los tratados internacionales en materia de derechos humanos [artículo 7 “c” del Protocolo de San Salvador; artículo 7 “c” del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]. Y los tratados sobre estas materias, como lo hemos declarado en diversas oportunidades, tienen rango constitucional (cfr. STC 0047-2004-AI/TC, Fund. Jur. 61; STC 0025-2005-PI/TC, Fund. Jur. 25 y siguientes).

54. Por su parte, la importancia de la realización u optimización de la *idoneidad del Servicio Diplomático* (finalidad constitucional) es, a juicio del Tribunal, de grado *débil*. Ello se debe a que el grado de realización del fin, a través del medio empleado por el legislador, es solo parcial. La “capacidad”, “méritos” y “experiencia” de los funcionarios que ascendieron hasta el 1 de enero de 2000 —y a los que no se quería sustraer del servicio diplomático con la aplicación de la regla cuestionada por poseer tales cualidades— se encuentran contemplados como requisitos que la Ley N° 28091, modificada por la Ley N° 29318, establece para que un funcionario pueda ascender, independientemente de si tal ascenso aconteció hasta o después del 1 de enero de 2000. Así, por ejemplo, el Tribunal observa que:

[a] Para ascender a Consejero (art. 36º), los Primeros Secretarios deben, además del plazo de permanencia en la categoría, cumplir con aprobar el Curso Superior de la Academia Diplomática, dominar dos idiomas extranjeros de uso internacional, contar con cuatro años de servicio en el exterior, aprobar el examen de suficiencia académica y profesional en la categoría, y obtener un resultado aprobatorio en la evaluación señalada en el artículo 40º de la misma Ley.

[b] Por su parte, el artículo 36-A de la misma Ley N° 28091, modificada por la Ley N° 29318, establece que el ascenso de Consejero a Ministro Consejero, además del plazo de permanencia en la categoría, requiere que el funcionario cumpla con haber servido cinco años en el exterior, aprobar el examen de suficiencia académica y profesional en la categoría y obtener un resultado aprobatorio en la evaluación señalada en el referido artículo 40 de la Ley.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

[c] No otra cosa sucede con el ascenso a la categoría de Ministro de los Ministros Consejeros (art. 37º). Para que ello pueda ocurrir, además del plazo de permanencia en la categoría, es preciso que cumplan con aprobar el Curso de Altos Estudios de la Academia Diplomática, hayan servido en una misión de condiciones de trabajo y de vida difíciles, acrediten un título profesional diferente al que otorga la Academia Diplomática o uno de postgrado relacionado a la función diplomática, hayan servido ocho años en el exterior, aprueben el examen de suficiencia académica y profesional en la categoría y obtengan un resultado aprobatorio en la evaluación que se contempla en el referido artículo 40.

[d] Igualmente, el Tribunal observa que la promoción a la categoría de Embajador (art. 38º), requiere que los Ministros, además del plazo de permanencia en la categoría, cumplan con haber servido tres años (acumulativamente) en un cargo con responsabilidad directiva, dos años en una misión consular, diez años en el exterior y obtener un resultado aprobatorio en la evaluación señalada en el artículo 40º [el sistema de evaluación, cada dos años, que este último precepto prevé tiene por finalidad "conocer el perfil profesional del funcionario, evaluar su rendimiento y su capacidad de gestión, de acuerdo con los fines de la presente Ley"].

55. El Tribunal aprecia, pues, que la *capacidad y méritos* —dos de los factores que se han expuesto con el propósito de justificar la diferenciación realizada por la disposición impugnada— son presupuestos o requisitos que la Ley del Servicio Diplomático de la República establece con el propósito de que un funcionario pueda ascender al nivel superior de la carrera diplomática.

Al Tribunal no le es ajeno que determinadas actividades, como puede ser las propias del máximo nivel funcional del servicio diplomático, a través de su práctica prolongada, suministre a quien lo realiza de un conocimiento o habilidad especial que no se obtiene librescamente. Pero incluso un supuesto de esta naturaleza, que se refiere propiamente a la *experiencia*, no es ajeno, como antes se ha visto, a los requisitos que contempla la Ley N° 28091, modificada por la Ley N° 29318, a los efectos de que un funcionario del Servicio Diplomático pueda ascender en la carrera.

56. Al evaluarse el grado de realización del fin que el legislador pretendía alcanzar, el Tribunal tampoco puede pasar inadvertido que, a la fecha en que se promulgó la Ley N° 29318, esto es, el 19 de enero de 2009, un funcionario del Servicio Diplomático ascendido después del 1 de enero de 2000 ya contaba con la experiencia suficiente como para que con la aplicación del inciso a) del artículo 18º de la Ley N° 28091, pudiese haberse afectado la idoneidad del servicio diplomático



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

con el retiro de los ascendidos después del 1 de enero del 2000, por haber cumplido 20 años en el ejercicio del cargo.

57. Pero no sólo el grado de optimización de la idoneidad del Servicio Diplomático (fin constitucional) es apenas débil, como se ha visto, sino que, además, el Tribunal advierte que dicha idoneidad no se encontraría comprometida, pues no se ha suministrado información a este Tribunal en el sentido de que de no haberse establecido la excepción —en la disposición legal que aquí analizamos— a la regla contenida en el inciso a) del artículo 18º de la Ley N° 28091, modificada por la Ley N° 29318, ello hubiera significado la exclusión de la totalidad o de un porcentaje considerable de funcionarios de los más altos niveles del Servicio Diplomático.
58. Aplicada, pues, la *ley de ponderación* al caso, el Tribunal es de opinión que siendo *grave* la intensidad de la intervención en el derecho a la promoción o ascenso en el empleo en igualdad de condiciones, y *débil* el grado de realización u optimización del fin constitucional (la idoneidad del Servicio Diplomático), el trato realizado por el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318 es excesivo y, por tanto, injustificado, por lo que debería declararse su inconstitucionalidad.
59. No obstante, el 31 de octubre de 2011, con posterioridad a la presentación de la demanda, ha sido publicada en el diario oficial “El Peruano” la Ley N° 29797, que precisamente deroga el citado primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria de la Ley N° 29318, por lo que ha sobrevenido la sustracción de la materia, resultando por ello improcedente este extremo de la demanda.

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

HA RESUELTO

- 1) Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo que respecta al primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria de la Ley N° 29318, Ley que modifica diversos artículos de la Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República, al sobrevenir la sustracción de la materia por haber quedado derogado por la Ley N° 29797.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

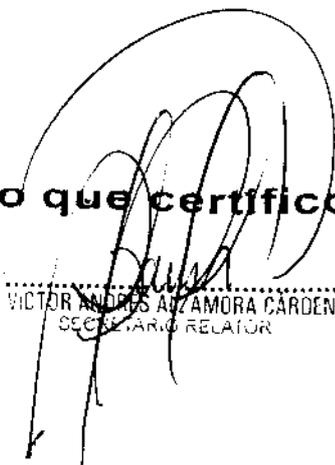
SS.

MESÍA RAMÍREZ

**VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS**

**ETO CRUZ
URVIOLA HANI**

Lo que certifico:


VICTOR ANDRÉS AZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N° 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Corresponde al Tribunal Constitucional conocer en instancia única la demanda de inconstitucionalidad parcial interpuesta por el Colegio de Abogados de Lima contra la Ley N° 29318, en los extremos que modifica los artículos 37°, inciso b); 38°, incisos a) y b); 18 inciso a) y Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria, por considerar que afecta los artículos 2°, incisos 1), 22), 23), 26) y 40° de la Constitución Política del Perú.
2. Previamente debo señalar que en etapa de calificación de la presente demanda consideré que debía ser declarada improcedente en atención a que el Colegio recurrente no tiene la legitimidad activa extraordinaria que señala el artículo 203° de la Constitución Política del Estado para poder accionar como actor en el proceso constitucional de la referencia. Ello es así porque conforme lo he expresado en mis votos anteriores "(...) es el Colegio de Abogados del Perú quien tendría, ahora, la legitimidad extraordinaria para obrar activa, correspondiéndole en consecuencia a éste la legitimidad extraordinaria para demandar prevista en la citada norma constitucional. *Esta decisión vendría a darme la razón en cuanto a mis votos anteriores en los que exijo la exclusiva potestad de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú para demandar la inconstitucionalidad de una ley o norma de igual categoría. Empero, pongo en condicional esta posibilidad de delegación por la Junta de Decanos Nacional pues si solo la ley puede crear un Colegio de Abogados de alcance regional, habría que analizar con mayor profundidad y en la oportunidad pertinente si la creación del Colegio de Abogados del Perú corresponde a la decisión de los Decanos.*". No obstante ello mayoritariamente se consideró que la demanda debía ser admitida por lo que vuelve el expediente a mi Despacho, ahora para realizar un pronunciamiento de fondo. Es así que habiéndose admitido a trámite la demanda de inconstitucionalidad –irregularmente para mí– debo pronunciar por el fondo de la controversia en atención a dicha decisión mayoritaria. Asimismo cabe expresar que los cuestionamientos realizados tienen relación directa con los requisitos de ascenso tanto a Ministro como Embajador, correspondiendo por ello la verificación de la constitucionalidad de la norma impugnada.
3. Realizada dicha precisión encuentro que en el caso de autos la principal alegación del colegio recurrente está dirigido a expresar que el inciso b) del artículo 37° y los incisos a) y b) de la Ley del Servicio Diplomático de la Republica, modificada por la Ley N° 29318, afectan los derechos al trabajo, promoción del empleo, acceso a la función pública e igualdad de trato y a la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

carrera administrativa. Refiere que tales disposiciones imponen requisitos que no se encuentran dentro del ámbito de realización del funcionario público diplomático, sino que dependen de la facultad discrecional de la alta dirección de la administración estatal, ya que el diplomático está al servicio que se le asigne, resultando dicho acto de designación absolutamente discrecional para la administración y por ende arbitrario.

4. Revisada la resolución puesta a mi vista, estoy conforme a lo expuesto, puesto que respecto al cuestionamiento al primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria de la Ley N° 29318, Ley que modifica diversos artículos de la Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la Republica, con fecha 31 de octubre de 2011, con posterioridad a la presentación de la demanda, se ha derogado el citado primer párrafo cuestionado a través de la presente demanda de inconstitucionalidad por la Ley N° 29797, razón por la que se ha producido la sustracción de la materia; y respecto a los demás cuestionamientos la demanda debe ser declarada infundada en atención a que no se verifica que la normativa cuestionada afecte derechos fundamentales.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **IMPROCEDENTE** la demanda de inconstitucionalidad respecto al cuestionamiento al primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria de la Ley N° 29318, Ley que modifica diversos artículos de la Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la Republica, puesto que se ha producido la sustracción de la materia; e **INFUNDADA** en lo demás que contiene.

S.

VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO ÁLVAREZ MIRANDA

Con el debido respeto por la opinión de mis colegas magistrados emito el presente voto singular. Previamente a ello, debe decirse que corresponde al Tribunal Constitucional afirmar el contenido y los alcances de las funciones constitucionales del Ejecutivo en materia de política exterior, y que encuentra su concretización en el Servicio Diplomático. Precisamente es el caso del presente proceso de inconstitucionalidad, que representa una oportunidad para este Colegiado a fin de definir la idoneidad de dicha carrera profesional por su relevancia para el Estado de Derecho.

Motivo por el cual, no obstante coincidir en el fallo con la sentencia de mayoría, la *ratio decidendi* de mi pronunciamiento no es el mismo, deviniendo en contradictorio con la tesis sostenida por el Colegiado. Razón por la cual dejo sentada mi discrepancia interpretativa, y con ello la forma de entender la función que debe desarrollar el Tribunal Constitucional respecto a la materia *sub litis*. Situación excepcional, que se justifica en las razones que paso a exponer a continuación.

I. DATOS GENERALES

- S*
- Tipo de proceso** : Proceso de Inconstitucionalidad
- Demandante** : Colegio de Abogados de Lima
- Norma sometida a control** : Los artículos 18, inciso a), 37º, inciso b); 38º, incisos a) y b), de la Ley 28091, Ley de Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318; así como el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318.
- Normas constitucionales cuya vulneración se alega** : Los derechos fundamentales al trabajo, promoción del empleo, acceso a la función pública e igualdad de trato, y a la carrera administrativa, contraviniendo los artículos 2º (incisos 2), 22º, 23º, 26º (inciso 1) y 40º de la Constitución.
- Petitorio** : Se declare la inconstitucionalidad de las normas impugnadas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

II. FUNDAMENTOS

§1. Función constitucional del Servicio Diplomático

1. La Constitución de 1993 señala en su artículo 118º, inciso 11, que corresponde al Presidente de la República: “Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados”. Debiendo entenderse por política exterior, la proyección externa de los intereses nacionales, y está concebida como un instrumento para conseguir el bienestar nacional, promoviendo una adecuada inserción del país en el mundo.
2. Sin embargo, la atribución constitucional que recae en el Jefe de Estado se encuentra sujeta a los objetivos que la propia Constitución establece para la política exterior; y que pueden ser agrupados en tres categorías¹:
 - i) Las referidas a la unidad territorial, la integración, la asociación preferencial con los vecinos y el impulso del desarrollo fronterizo. Es deber primordial del Estado defender la soberanía nacional, establecer y ejecutar políticas de fronteras, promover la integración, particularmente latinoamericana, así como promover el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas en concordancia con la política exterior. La constitución establece que corresponde al Presidente de la República adoptar las medidas necesarias para la defensa de la integridad del territorio y de la soberanía del Estado. (artículos 118º.15 y 44º)
 - ii) Las referidas a la lucha contra la pobreza. El Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura (artículo 58º). Asimismo, promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y educación para el trabajo (artículo 23º)
 - iii) Las referidas a la protección de la biodiversidad. El Estado promueve el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales y está obligado a promover la conservación de la diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas más aun si se tiene en cuenta que el Perú es un país megadiverso. (artículos 67º y 68º).

¹ Portal web del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Ver: <http://www.rree.gob.pe/>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

3. Empero, para el cumplimiento de la acción internacional del Ejecutivo se ha configurado el Servicio Diplomático que tiene como principal función proponer, coordinar y ejecutar la política exterior del Perú. Para ello, está constituido por un grupo de profesionales, especializados en la gestión de las relaciones internacionales, que ejercen las funciones de representación, negociación, promoción y cautela de los intereses del Estado en el ámbito internacional, así como de asistencia y protección a los ciudadanos peruanos que se encuentran en el exterior.
4. Los miembros del Servicio Diplomático al ejercer función pública al servicio de la Nación, están obligados por los deberes primordiales del Estado previstos en el artículo 44º de la Constitución, a saber, defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. A nivel legislativo, el Servicio Diplomático de la República se rige por el Decreto Legislativo N° 894, Ley del Servicio Diplomático de la República de fecha 24 de diciembre de 1996 y sus modificatorias Decreto Supremo N° 040-97-RE, Ley No. 26748, Ley N° 26820 y el Decreto Supremo N° 032-2000-RE y la Ley N° 27609.
5. De este esquema normativo se desprende que la pertenencia a esta carrera profesional exige ética personal e idoneidad profesional para servir al país con absoluta vocación de servicio a los intereses permanentes del Estado. De allí la importancia de una legislación promotora del fortalecimiento de los altos intereses que le corresponden.

§2. Petitorio

6. El objeto de la demanda es que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 18º inciso a), 37º (inciso "b") y 38º (incisos "a" y "b") de la Ley 28091, Ley de Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318; así como la inconstitucionalidad del primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N.º 29318. Cabe precisar que si bien el demandante menciona impugna también el artículo 18º, inciso a), de la Ley del Servicio Diplomático de la República, modificado por la Ley N° 29318, de la fundamentación de su demanda se aprecia que el cuestionamiento de constitucionalidad no recae sobre dicho dispositivo, sino en torno a la regulación



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

que de éste hace la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318.

§3. Análisis constitucional

7. Respecto al primer extremo del petitorio de la demanda, a saber, los requisitos para el ascenso a Ministro y a Embajador (artículo 37°, inciso “b”, y artículo 38°, incisos “a” y “b”, de la Ley del Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318), suscribimos los argumentos señalados en la sentencia de mayoría en los fundamentos 4 al 20, que resuelven desestimar la demanda.
8. Las discrepancias interpretativas que sostengo se encuentran en torno al análisis correspondiente al primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318 a la luz del derecho-principio de igualdad. El Colegiado no es indiferente al hecho que el 31 de octubre de 2011, con posterioridad a la presentación de la demanda, ha sido publicada en el diario oficial “El Peruano” la Ley N° 29797, que precisamente deroga el citado primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria de la Ley N° 29318, por lo que ha sobrevenido la sustracción de la materia, resultando por ello improcedente este extremo de la demanda.

No obstante, plantea a manera de *obiter dicta* las razones que concluyen en la inconstitucionalidad de la norma impugnada, por la *gravedad* de la intensidad de la intervención en el derecho a la promoción o ascenso en el empleo en igualdad de condiciones, del trato realizado por la norma impugnada.

9. Primero, no suscribo el juicio de realizar control constitucional sobre una norma que ha sido derogada. Con ello no desconozco la competencia del Colegiado que integro, y que ha sido afirmada en importante jurisprudencia [STC 0019-2005-PI, 0024-2010-PI, entre otras]. No obstante, en la doctrina constitucional sentada ha quedado configurada como una competencia excepcional, que se configura en dos supuestos: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria.

Debemos precisar que en el caso *sub litis*, tal como es de público conocimiento, esta norma no ha merecido aplicación alguna por parte de los operadores jurídicos, por



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

tanto no se derivaron efectos inconstitucionales que deban ser controlados por este Colegiado. Asimismo, la Ley N° 29318 no tiene contenido eminentemente penal o tributario. De no sujetarnos a los límites establecidos por el propio Tribunal, la lesiva consecuencia que se deriva es la desnaturalización de las funciones constitucionales que le han sido asignadas.

10. Segundo, señala el demandante que la Ley del Servicio Diplomático de la República, con la modificación introducida por la Ley N° 29318, regula dos causales alternativas de pase a la situación de retiro del Servicio Diplomático: i) cumplir 70 años de edad; o, ii) permanecer por 20 años en una misma categoría

Siendo así y en estricta aplicación inmediata de las leyes y la teoría de los hechos cumplidos (artículo 103° de la Constitución), a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 29318, esto es, del 21 de enero de 2009 debían pasar al retiro los funcionarios que se encontraran en las siguientes situaciones: i) Que a la fecha (21 de enero de 2009) tuvieran más de 20 años en una misma categoría; ii) Los que adquieran esa condición a partir del 21 de enero de 2009.

No obstante, la impugnada Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318 introduce una regla conforme a la cual la permanencia por más de 20 años en la misma categoría sólo se aplicará a partir del 21 de enero de 2009 a: i) Los nuevos ascensos; ii) Los funcionarios diplomáticos que ascendieron por última vez después del 1 de enero de 2000; quedando excluidos de la causal de pase al retiro por permanencia de 20 años en la misma categoría, los que ascendieron por última vez hasta el 1 de enero de 2000, quienes pasarán al retiro al cumplimiento de los 70 años de edad.

11. En la diferenciación introducida encuentro un *objetivo* consistente en instaurar un mecanismo moderado de renovación de cuadros en el Servicio Diplomático, pues con ello se permitirá la permanencia de algunos funcionarios por “un tiempo razonable”, atendiendo a que “han logrado acceder a las más altas categorías sobre la base de sus capacidades, méritos y experiencia”. Dicho objetivo no resulta per se inconstitucional. Por su parte, el fin que persigue, es de un lado a) coadyuvar a la consecución de la idoneidad del Servicio Diplomático y, a su vez, b) garantizar la vigencia del derecho a ejercer plenamente la función pública —permitiendo la permanencia de los miembros del Servicio Diplomático en dicha función por un tiempo razonable—.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

12. Por tanto, en la medida que la Constitución no garantiza que los funcionarios que pertenecen a la carrera diplomática ejerzan su derecho al ejercicio de la función pública bajo un régimen de derechos adquiridos (artículo 103º), por tanto no podría alegarse una afectación ilegítima. Sobre todo, cuando este esquema pretende la potenciación de la idoneidad del Servicio Diplomático.

i) Examen de idoneidad

13. La conformación de un mecanismo moderado de renovación de cuadros en el Servicio Diplomático (objetivo) es un medio idóneo para coadyuvar a la consecución de la idoneidad del Servicio Diplomático y, a su vez, garantizar la vigencia del derecho a ejercer plenamente la función pública (fin). Así, pues, se establece la posibilidad de que exista una renovación en cada categoría del Servicio Diplomático, pero sin que ello signifique que se va a aplicar a todos los casos, porque ello iría en desmedro de la permanencia en la función pública de aquellos miembros del Servicio Diplomático que han logrado acceder a las más altas categorías sobre la base de sus capacidades, méritos y experiencia, afectando negativamente la idoneidad del Servicio Diplomático. La permanencia en la función pública constituye un requisito para el ejercicio pleno de dicha función. De manera que, podemos concluir que la diferencia analizada es idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo.

ii) Examen de necesidad

14. Son dos los aspectos que han de analizarse bajo el subprincipio de necesidad: a) si existen medios alternativos igualmente idóneos para la realización el objetivo, y b) si tales medios no afectan el principio de igualdad o, de hacerlo, la afectación reviste menor intensidad que la contenida en la norma impugnada.

En el caso de autos, no es posible advertir que exista alguna medida alternativa, hemos de concluirse que el tratamiento diferenciado cuestionado supera el examen de necesidad.

iii) Examen de proporcionalidad en sentido estricto

15. Aplicando entonces la ley de ponderación al caso de autos, ha de decirse que cuanto mayor es la intensidad de la intervención en el derecho-principio de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional, esto es, la permanencia en el cargo y la idoneidad del Servicio Diplomático. Corresponde, por tanto, tener en cuenta tanto la *intensidad de la intervención* como el *grado de realización de la finalidad*, a efectos de que posteriormente pueda analizarse si se cumple o no con la *ley de ponderación*.

16. Al respecto, mis colegas magistrados consideran que la intervención en el mandato de igualdad de condiciones en el ascenso o promoción en el empleo y, específicamente, en el ascenso en la carrera diplomática, siempre será una intervención de intensidad grave.

No comparto esta conclusión, pues por el contrario el servicio público se encuentra por naturaleza sujeta a la intervención legislativa en el ámbito del derecho de igualdad, cuyos efectos se despliegan en limitar el ejercicio del derecho constitucional de promoción en el empleo. La capacidad, méritos y experiencia de los funcionarios es un ámbito que debe ser evaluado, y es válido que a través de los límites temporales que se establecieron (año 200) evitar la exclusión de la totalidad o de un porcentaje considerable de funcionarios de los más altos niveles del Servicio Diplomático. Lo cual abona a la tesis de la validez constitucional de la norma que pretendía establecer un criterio de progresividad para evitar consecuencias que afectaran el propio funcionamiento del Servicio Diplomático, optando dentro del ámbito de lo constitucionalmente posible un mecanismo moderado de renovación de cuadros.

17. Además, no pasa desapercibido que la Tercera Disposición Complementaria, Final y Transitoria de la Ley N° 29318, norma impugnada en el presente proceso, pretendía subsanar un error en el diseño constitucional introducido como causales para pasar a la situación de retiro regulada en el artículo 18° inciso a.), de la Ley del Servicio Diplomático. .

El Estado garantiza a los funcionarios públicos su permanencia en el servicio, mientras observen conducta e idoneidad propias de su función. No se desconoce con ello, la potestad de regulación de límites objetivos, que bien puede consistir en un elemento de carácter temporal (por ejemplo, la edad de 70 años). Pues, asumir el un funcionario público pueda ejercer el cargo de manera vitalicia, no es la opción del constituyente peruano.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

Sin embargo, prefijar un tiempo de permanencia en una determinada categoría resulta lesivo al mérito del servidor público exitoso. Lo cual adquiere visos de especial gravedad en el caso de quienes llegaron prontamente al cargo de Embajador por tener los merecimientos para ello, pues deberán renunciar a su proyecto de vida en pleno uso de sus facultades físicas y mentales, sancionándose así el éxito de su carrera. Por tanto, la norma de excepción que el Colegiado en mayoría sanciona como inconstitucional, justamente mantenía en el servicio al personal más calificado, que había logrado sus ascensos de manera inmediata e ininterrumpida y prestaba servicios muy calificados.

III. FALLO

Por estos fundamentos, mi voto es porque se desestime la demanda. En consecuencia se debe:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo que respecta al primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria de la Ley N° 29318, Ley que modifica diversos artículos de la Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República, al sobrevenir la sustracción de la materia por haber quedado derogado por la Ley N° 29797.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.
3. **EXHORTAR** al Poder Legislativo para que formule una política del Servicio Diplomático, en donde se defina el conjunto de criterios conforme a los cuales se orientará el ascenso y la permanencia en el cargo de los miembros del Servicio Diplomático.

Sr.

ÁLVAREZ MIRANDA

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALTAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp. N.º 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
LIMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO CALLE HAYEN

Pronuncio el presente voto singular en merito a que si bien la demanda es declarada **IMPROCEDENTE** por haberse sustraído la materia controvertida, considero que este Tribunal no debería entrar a analizar el fondo del caso por las siguientes consideraciones

1. Primero debo pronunciarme sobre la admisibilidad de las demandas de inconstitucionalidad en donde he sentado una posición en votos anteriores, considerando que si bien el artículo 203º, inciso 7), de la Norma Fundamental le otorga legitimidad para obrar activa extraordinaria a los Colegios Profesionales para interponer demandas de inconstitucionalidad en *materias de su especialidad*, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, en referencia a este presupuesto procesal de fondo, que la razón que justifica que la Constitución haya otorgado la facultad de incoar demandas de inconstitucionalidad a los colegios profesionales radica en que, debido a la particularidad, singularidad y especialidad de los conocimientos científicos y técnicos que caracterizan a las diferentes profesiones, en estas instituciones se encuentran en una posición privilegiada para poder apreciar si una determinada ley o disposición con rango de ley que regula una materia que se encuentra directamente relacionada con los conocimientos de una determinada profesión vulnera disposiciones de la Norma Fundamental.

En el caso de los Colegios de Abogados, estamos frente a un supuesto especial puesto que los colegios profesionales que no tengan alcance nacional, como es el caso por ejemplo de los colegios de abogados, de contadores, de notarios, quienes se agrupan en sus respectivas Juntas de Decanos que les representa, tal como lo dispone el Decreto Ley N° 25892, reglamentado por el Decreto Supremo 008-93-JUS y sus respectivos estatutos – serían los llamados por el constituyente para ejercer la excepcional facultad de interponer acciones constitucionales correspondientes, por lo que deberá asentar una nueva posición que atienda a la interpretación íntegra del artículo 203º de la Constitución Política del Perú, que incluye la facultad de los colegios profesionales para interponer demanda de inconstitucionalidad, en materia de su especialidad, atendiendo a un criterio de paridad con el alcance de la norma impugnada, a un tercio del número legal de congresistas en defensa de las minorías, al Presidente de la República como representante del Poder Ejecutivo, al Defensor del Pueblo, en materias de derechos humanos, usuarios y servicios públicos, a 5,000 ciudadanos, al fiscal de la Nación, a los presidentes de Región y Alcaldes provinciales en materia de su competencia con acuerdo de su consejo. Así se materializa el concurso de la sociedad civil



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp N° 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
LIMA

organizada, aportando su conocimiento especializado de una manera orgánica y uniforme que es lo que la constitución requiere.

Por ello, considero que el criterio para el análisis de procedibilidad de las demandas contra normas de alcance nacional, debe estar supeditado a la exigencia de que esta sea interpuesta por la representación nacional; en el presente caso, a través del Colegio de Abogados del Perú constituido por la Junta de Decanos del los Colegios de Abogados del Perú.

2. Respecto al cuestionamiento del colegio recurrente, esta va dirigida contra el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria, el inciso b) del artículo 37° y los incisos a) y b) del artículo 38° de la Ley de Servicio Diplomático de la República, modificada por la Ley N° 29318, pues sostienen que afecta el derecho al trabajo, a la promoción del empleo, acceso a la función pública e igualdad de trato y a la carrera administrativa. Refieren que tales disposiciones imponen requisitos que no se encuentran dentro del ámbito de realización del funcionario público Diplomático, sino que dependen de la facultad discrecional de la alta dirección de la administración estatal, y que el diplomático está a la espera de que sea asignado al cargo, resultando dicho acto de designación absolutamente discrecional para la administración y por ende arbitrario.

Que, a efecto de pronunciarnos sobre el fondo, corresponde previamente verificar la vigencia de la norma cuestionada; así tenemos que mediante Ley N° 29797 de fecha 31 de octubre de 2011, se deroga el primer párrafo de la Tercera Disposición Complementaria Final y Transitoria de la Ley N° 29318.

Que el Tribunal Constitucional mediante la STC N° 0016-2005-AI/TC ha señalado que la no vigencia de una norma no impide que se deba examinar y emitir un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, o no. Tal pronunciamiento procede en los siguientes supuestos: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos; y b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, siempre que verse sobre materia penal o tributaria. (STC n° 004-2004-AI/TC, y otros acumulados – Fundamento 2).

En el caso de autos al no encontrarnos frente a ninguno de los supuestos, que amerite pronunciamiento por este Tribunal debe concluirse que el objeto de la controversia del proceso de inconstitucionalidad ha desaparecido y por consiguiente, se ha configurado la Sustracción de la Materia Constitucional, por lo que no corresponde a este Tribunal examinar la constitucionalidad o no de la norma derogada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Exp N° 00035-2010-PI/TC
LIMA
COLEGIO DE ABOGADOS DE
LIMA

Con respecto a los artículos 37° inciso b) y los incisos a) y b) del artículo 387° del mismo cuerpo legal, mi posición concuerda con el voto de la mayoría, por lo que en ese extremo también considero que la demanda debe ser declarada **INFUNDADA**.

SR.

Calle Hayen

Lo que certifico:

VICTOR ANDRÉS ALZAMORA CÁRDENAS
SECRETARIO RELATOR