TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 000955

EXP. N.° 03613-2010-PA/TC
LIMA
LUZ DEL CARMEN IBÁÑEZ CARRANZA

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 24 de mayo de 2011

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Luz del Carmen Ibáñez Carranza contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 529, su fecha 25 de mayo de 2010, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos al haber operado la sustracción de la materia controvertida (sic); y,

ATENDIENDO A

Argumentos de la demandante

1. Que con fecha 1° de octubre de 2008, la recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante, CNM), a fin de que se deje sin efecto la Resolución N.° 072-2008-CNM, del 4 de abril de 2008, y la Resolución N.° 077-2008-CNM, del 7 de julio de 2008, así como se declaren inaplicables los artículos 7.a.3° y 9° del Reglamento del CNM, aprobado mediante la Resolución N.° 138-2008-CNM. En consecuencia, pretende que se la declare hábil y apta legalmente para concursar y acceder a la Magistratura Suprema. Invoca la vulneración de sus derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación, a la igualdad de oportunidades sin discriminación en lo laboral, a la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la Constitución, al ascenso y desarrollo de la carrera, al debido proceso, y a que el Estado Democrático de Derecho restituya su proyecto de vida y a la línea de carrera.

2. Que la actora manifiesta que el 25 de enero de 2008 solicitó al CNM se la habilitara legalmente para concursar a la Magistratura Suprema, teniendo en cuenta que es una profesional con más de 25 años de abogada que ingresó al Ministerio Público en el año 1982 como abogada auxiliar de Fiscal, y tiene más de 24 años reconocidos como fiscal, pues se desempeñó desde febrero de 1984 como Fiscal Adjunta Provincial Provisional de Lima, siendo nombrada Fiscal Adjunta Titular de Lima en mayo de 1988, siendo nombrada Fiscal Provincial Provisional de Lima, y luego destacada en el año 1989 a la ciudad de Trujillo, donde accedió al cargo de Fiscal Provincial Titular. Agrega que fue cesada arbitrariamente por la dictadura de Fujimori el 15 de enero de 1993, como consecuencia de los inconstitucionales decretos leyes emitidos producto del autogolpe del 5 de abril de 1992; que a partir

de 1994, el gobierno de turno dio oportunidades y ascensos extraordinarios de hasta dos grados por encima de lo que les correspondía a los fiscales que habían quedado en sus cargos, de manera que sus pares fiscales ascendieron directamente al cargo de Fiscal Superior, no exigiéndoseles permanencia en el cargo anterior. Agrega que el 25 de agosto de 1999 retornó al Ministerio Público en virtud de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 051-97-AA/TC, concursando una vez retomada su línea de carrera dentro de la institución, y obteniendo el cargo de Fiscal Provincial Titular y Fiscal Superior Titular en el año 2004.

3. Que asimismo, expresa que el CNM, al emitir la Resolución N.° 072-2008-PCNM, realizó una interpretación restrictiva del artículo 147° de la Constitución, ignorando los pedidos de interpretación favorable al trabajador y respeto de los demás derechos fundamentales y constitucionales invocados, así como el pedido de inaplicabilidad del artículo 9° del Reglamento del CNM por ser inconstitucional, sin tomar en cuenta lo señalado por la Ley N.° 29090, del silencio administrativo, violando los derechos ganados por aplicación del silencio administrativo positivo, y declarando infundado su pedido para que se la habilite legalmente y declare apta para concursar al cargo de Fiscal Supremo; asimismo, se declaró improcedente el pedido para que se la declare expedita de seguir concursando en los ascensos, y nula y sin efecto jurídico la declaración jurada que presentó por haber operado el silencio administrativo positivo.

4. Que sostiene, ademas, que contra la referida Resolución N.° 072-2008-PCNM interpuso recurso de reconsideración, y que es en ese interín que el 8 de junio de 2008 el CNM publicó la Convocatoria N.° 001-2008-CNM, ofreciendo a concurso dos plazas de Fiscales Supremos y, no habiéndose resuelto el mencionado recurso de reconsideración, el 11 de junio del mismo año lo amplió en el sentido de que la habilitación legal solicitada se haga integrando la resolución de reconocimiento, validez y eficacia jurídica de los derechos ganados por el silencio administrativo positivo, con la no exigencia del curso de ascenso de la Academia de la Magistratura previo al concurso. Sostiene que por imperio de la ley ya había operado la resolución aprobatoria automática de todos los pedidos referidos, estando facultada para inscribirse en el concurso "abierto" para cubrir las dos plazas vacantes ofrecidas, procediendo a la inscripción el 2 de julio de 2008.

5. Que por último, alega que de manera irregular y extemporánea, después de agotado el plazo para resolver el recurso de reconsideración, el CNM emitió la Resolución N.° 077-2008-PCNM, en la que por mayoría, desestima todos sus pedidos, la cual fue cuestionada el 31 de julio de 2008, mediante recurso de reconsideración, que a la fecha de presentación de la demanda no había sido resuelto, sino con posterioridad, el 24 de octubre de 2008 mediante la Resolución N.° 153-2008-PCNM, que también declaró infundado el recurso presentado.

Argumentos del Consejo Nacional de la Magistratura

6. Que el Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del Consejo Nacional de la Magistratura propone la excepción de incompetencia y manifiesta que la vía correcta para dilucidar la controversia es el proceso contencioso administrativo. Expresa que el inciso 1) del artículo 154° de la Constitución delega al CNM la facultad de nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación de personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles; que conforme al artículo 2° de su ley orgánica, a dicha institución autónoma le compete la elección, nombramiento, ratificación y destitución de jueces y fiscales de todos los niveles, y que sus decisiones son inimpugnables, de manera que con el solo hecho de admitir a trámite la demanda se está vulnerando flagrantemente el principio rector de seguridad jurídica. Manifiesta que el inciso 4) del artículo 147° de la Constitución dispone que para ser magistrado de la Corte Suprema se requiere haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, de manera que el CNM no está haciendo otra cosa que acatar lo que establece la Constitución. Agrega que la recurrente ha utilizado la alternativa de magistrado en su condición de Fiscal Superior Titular Penal de Lima, y por lo tanto, debía cumplir el requisito exigido para acceder al cargo inmediato superior, es decir, diez años como Fiscal Superior, requisito que al no cumplir, originó que el CNM, en atención al mandato constitucional, desestime su solicitud.

Pronunciamiento de primera instancia

7. Que el Décimo Juzgado Civil de Lima, con fecha 20 de abril de 2009, desestimó la excepción de incompetencia propuesta; y, con fecha 18 de septiembre de 2009, declaró infundada la demanda, por considerar que la demandante no ha demostrado que la restricción contemplada en el párrafo final del artículo 9° del Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de jueces y fiscales solo se esté aplicando a su caso, y no al de otros fiscales superiores; que respecto al invocado derecho al ascenso y desarrollo de la carrera en la magistratura, debe tenerse en cuenta que tal derecho no está referido en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de algún otro derecho constitucional reconocido a los magistrados del Poder Judicial o el Ministerio Público, sino que constituye un derecho de configuración legal, y por lo tanto, su supuesta vulneración no es susceptible de ser restituida vía un proceso de amparo. Asimismo, en cuanto al invocado derecho a que el Estado le restituya su proyecto de vida y su línea de carrera, estima que tal afirmación debe considerarse referida dentro del derecho al ascenso, el que como se ha mencionado no tiene sustento constitucional directo. En cuanto al numeral 7 a.3 del Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, debe tenerse en cuenta que tal norma tiene sustento constitucional directo en el segundo párrafo del artículo 151° de la

Constitución.

Actos procesales intermedios relevantes

8. Que mediante escrito de fecha 30 de diciembre de 2009, la demandante se desiste del recurso de apelación y del proceso, debido a que el 11 de diciembre de 2009, el Consejo Nacional de la Magistratura aprobó la nómina de postulantes aptos al Concurso para Jueces y Fiscales Supremos, materia de la Convocatoria N.° 003-2009-CNM, de conformidad con el nuevo Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, aprobado mediante la Resolución N.° 616-2009-CNM, habiéndosele declarado apta para participar en dicho concurso.

9. Que con fecha 9 de marzo de 2010, la recurrente deja sin efecto el escrito de desistimiento, ya que el 4 de marzo de 2010 el Consejo Nacional de la Magistratura publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución N.° 033-2010-PCNM, mediante la que declaró la nulidad de la convocatoria para el concurso público aprobado por la Resolución N.° 616-2009-CNM.

Pronunciamiento de segunda instancia

10. Que la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, revocando la apelada, declaró improcedente la demanda de amparo de autos por haber operado la sustracción de la materia, resultando de aplicación el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional (sic), tras considerar que, en la medida que de autos se verificaba que el CNM habilitó a la demandante como postulante apta, incluyéndola dentro de la nómina de postulantes a la plaza de Fiscal Supremo objeto de la Convocatoria N.° 003-2009-CNM, resultaba evidente que había cesado la afectación de los derechos constitucionales invocados, aún cuando el Consejo Nacional de la Magistratura haya declarado la nulidad de la Convocatoria N.° 003-2009-CNM, lo que en modo alguno deslegitima la declaración de habilidad y aptitud legal de la demandante para concursar a un plaza suprema.

Consideraciones previas

11. Que de manera preliminar a la dilucidación de la controversia de autos, el Tribunal Constitucional estima necesario recapitular la forma y modo en que han sucedido los hechos y acontecimientos que rodean al caso de autos toda vez que, como luego se verá, se han producido distintas situaciones que suponen una *mutación del acto lesivo*.

12. Que en efecto, el petitorio inicial de la demanda se circunscribía a declarar la nulidad de dos actos administrativos concretos: la Resolución N.° 072-2008-CNM, que declaró infundada la solicitud de la actora para que se la declare apta y/o hábil

legalmente para postular al cargo de Fiscal Supremo; y, la Resolución N.° 077-2008-PCNM, que por mayoría declaró infundado su recurso de reconsideración. Lo anterior se corrobora con los documentos de fojas 128 y siguientes de autos, extraídos de la página web del CNM, que declaran a la actora como postulante no apta para efectos de la Convocatoria N.° 01-2008-CNM.

13. Que el otro extremo del petitorio de la demanda lo constituía la declaración de inaplicabilidad de los artículos 7.a.3 y 9° del Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 138-2008-CNM, del 29 de mayo de 2008.

14. Que no obstante, el artículo segundo de la Resolución N.° 616-2009-CNM, del 27 de octubre de 2009, dejó sin efecto el íntegro del Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 138-2008-CNM, y por ende, los cuestionados artículos.

15. Que por otro lado, de los documentos que corren a fojas 430 a 434 de autos, extraídos de la página web del CNM, consta que la actora fue declarada postulante apta para la plaza de Fiscal Supremo materia de la Convocatoria N.° 003-2009-CNM, que ahora se regía por el Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante la Resolución N.° 616-2009-CNM, del 27 de octubre de 2009.

16. Que sin embargo, conforme consta a fojas 491 de autos, el concurso al que se refiere la aludida Convocatoria N.° 003-2009-CNM, en el que la actora fue declarada postulante apta, fue declarado nulo mediante la Resolución N.° 033-2010-PCNM, del 24 de febrero de 2010, debido a los graves hechos de público conocimiento relacionados con la declaración de un postulante de haberse entrevistado fuera del local del CNM con uno de sus consejeros.

17. Que asimismo, también el Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante la Resolución N.° 616-2009-CNM fue dejado sin efecto por el artículo segundo de la Resolución N.° 281-2010-CNM, del 1 de septiembre de 2010, que aprobó un nuevo Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales.

18. Que posteriormente, y según se aprecia de la Resolución N.° 353-2010-CNM, del 22 de octubre de 2010, y de los documentos extraídos de la página web del CNM, que corren a fojas 14 a 18 y 29 a 33 del cuadernillo de este Colegiado, respectivamente, la actora fue nuevamente declarada postulante no apta para la plaza de Fiscal Supremo materia de la Convocatoria N.° 002-2010-CNM, que ahora se regía por el Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y

Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante la Resolución N.° 281-2010-CNM.

Análisis de la controversia

19. Que en cuanto al extremo del petitorio de la demanda constituido por la declaración de inaplicabilidad de los artículos 7.a.3 y 9° del Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 138-2008-CNM, del 29 de mayo de 2008, conviene precisar que el artículo segundo de la Resolución N.° 616-2009-CNM, del 27 de octubre de 2009, dejó sin efecto el íntegro del Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 138-2008-CNM, y por ende, los cuestionados artículos.

20. Que también el Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante la Resolución N.° 616-2009-CNM fue dejado sin efecto por el artículo segundo de la Resolución N.° 281-2010-CNM, del 1 de septiembre de 2010, que aprobó un nuevo Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales.

21. Que en consecuencia y, a juicio de este Tribunal Constitucional, no cabe pronunciarse respecto de la pretendida inaplicabilidad de los artículos 7.a.3 y 9° del Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N.° 138-2008-CNM, en la medida que el artículo segundo de la Resolución N.° 616-2009-CNM, del 27 de octubre de 2009, que aprobó un nuevo Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales (que luego también fue derogado), los ha dejado sin efecto. Por lo mismo, respecto de éste extremo de la demanda se ha producido la sustracción de la materia controvertida, resultando de aplicación, *contrario sensu*, el artículo 1° del Código Procesal Constitucional.

22. Que de otro lado, corresponde pronunciarse respecto del otro extremo del petitorio de la demanda, ahora constituido por la Resolución N.° 353-2010-CNM, del 22 de octubre de 2010, mediante la cual la actora fue nuevamente declarada postulante no apta para efectos de alcanzar la plaza de Fiscal Supremo materia de la Convocatoria N.° 002-2010-CNM.

23. Que en principio, es oportuno precisar que por su propia naturaleza, los concursos públicos se desarrollan por etapas, las cuales tienen el carácter de preclusivas, de acuerdo a las siguientes etapas de evaluación: a) evaluación de conocimientos y cultura general; b) evaluación psicotécnica; c) examen escrito; d) calificación del currículum vitae; y, e) examen o entrevista oral.

24. Que en ese sentido, para este Tribunal importa señalar que las convocatorias a concurso público constituyen procesos de calificación y selección de personal, de naturaleza temporal, que finalizan con el nombramiento de aquellos que resulten elegidos. Ello implica que tienen efectos cancelatorios respecto de las expectativas de los postulantes a cubrir las plazas a las que se presentaron, situación inherente a este tipo de procesos y que se justifica en el hecho de otorgar dichas expectativas a todo aquel que reúna los requisitos solicitados, en todas y cada una de las sucesivas convocatorias, las cuales no se amplían de manera abierta a todos los procesos convocados, sino sólo al que se haya postulado.

25. Que sin embargo, como es de público conocimiento, según se aprecia de la página web del CNM, e incluso conforme a lo manifestado por la propia demandante, el Concurso Público objeto de la Convocatoria N.° 002-2010-CNM para ocupar la plaza de Fiscal Supremo concluyó definitivamente el 28 y 31 de enero de 2011 con la proclamación de los ganadores y la emisión de las correspondientes resoluciones de nombramiento.

26. Que sobre el particular, y en atención al alegato de la actora, de que el concurso materia de autos se encuentra vigente, este Tribunal estima oportuno precisar que discrepa de dicho argumento, pues cuestión distinta es que en el aludido concurso haya quedado vacante y/o desierta una plaza para la Fiscalía Suprema a la que pretendía postular, la cual probablemente será, en su momento, materia de otra convocatoria.

27. Que en consecuencia, el Tribunal Constitucional estima que, sin necesidad de ingresar a evaluar el fondo de la controversia, y en aplicación, *contrario sensu*, del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, corresponde declarar la sustracción de la materia, pues la eventual afectación de los derechos constitucionales invocados, al no haberse reconocido la habilitación de la actora en el Concurso Público objeto de la Convocatoria N.° 002-2010-CNM al que postuló, y que ya culminó, ha devenido en irreparable.

Consideraciones Finales respecto de los alegatos del Procurador del CNM

28. Que sin perjuicio de lo anterior, e independientemente de la anotada situación de irreparabilidad, que conllevan a la sustracción de la materia controvertida, el Tribunal Constitucional estima oportuno pronunciarse respecto de algunas cuestiones que han sido planteadas por el Procurador del CNM, pues resulta imperativo para éste Colegiado poner de manifiesto los errores acerca de la interpretación y aplicación de, por ejemplo, el artículo 5.2° del Código Procesal Constitucional, el precedente del Caso Baylón Flores y, la pretendida irrevisibilidad de las decisiones del CNM.

29. Que en efecto, así por ejemplo, sostuvo que la demanda debía ser declarada improcedente en virtud del artículo 5.2° del Código Procesal Constitucional porque se desconocía el precedente en materia laboral –Expediente N.° 0206-2005-PA/TC, Caso Baylón Flores– al tratarse de un tema de ascensos y, que el solo hecho de admitir a trámite la demanda implicaba la violación flagrante del principio rector de seguridad jurídica.

30. Que al respecto, el Tribunal Constitucional considera que no resultaba aplicable el precedente en materia laboral –Expediente N.° 0206-2005-PA/TC, Caso Baylón Flores–, pues la controversia de autos no versaba sobre un tema de ascensos, como erróneamente lo afirma el Procurador del CNM. En efecto, la controversia no versaba sobre simples actos administrativos del CNM, sino que giraba en torno al acceso a un concurso público abierto, pues de otro modo no podría entenderse cómo es que a través de la convocatoria materia de la demanda se permitía la postulación de abogados o docentes universitarios.

31. Que también manifiesta el Procurador que al CNM, como institución autónoma, le corresponde la facultad de nombrar, previo concurso público, a los jueces y fiscales de todos los niveles, de acuerdo al artículo 154.1° de la Constitución y 2° de su Ley Orgánica. El procurador parece confundir las cosas: no están en discusión las aludidas facultades del CNM –que por lo demás, en más de una ocasión han sido reconocidas por este Tribunal–, sino la forma en que las ejerce, tanto a través de los actos administrativos que emite, como a través de los distintos reglamentos para concurso público que ha emitido en los últimos años.

32. Que como tantas veces, se alega además que las decisiones del CNM son inimpugnables. Llama la atención y no se entiende cómo es que a pesar de los años, y los centenares de decisiones del Tribunal Constitucional sobre la materia, y que el propio Procurador del CNM conoce e invoca, persiste en invocar tal argumento, respecto del que este Colegiado considera ocioso volver a pronunciarse.

33. Que se cuestionaba, asimismo, que el proceso de amparo no era idóneo en tanto en él no se dilucida la titularidad del derecho, ni se declara uno, sino se restablece su ejercicio, de manera que en el caso de autos no había derecho que reponer, en caso se haya violado alguno. Para ello, se hacía alusión a diversa jurisprudencia de este Colegiado relacionada con los cuestionamientos a anteriores concursos públicos convocados por el CNM, en los que se declaró la improcedencia de la demanda.

34. Que tampoco está de acuerdo este Tribunal con dicha teoría. La jurisprudencia a la que se hacía alusión no guardaba relación con la presente causa, pues en aquellas lo que se pretendía era que, vía sentencia constitucional, se acceda a un determinado cargo de juez o fiscal. No era ese el caso, por cuanto la actora no perseguía se le

declare un derecho, ni que se le otorgue el cargo al cual pretendía postular, sino que se la declare apta –lo cual ya le había sido reconocido en una oportunidad– para efectos de participar en el concurso abierto materia de la Convocatoria N.° 002-2010-CNM que, al haber concluido, y como antes se ha visto, conlleva a un supuesto de irreparabilidad que supone la sustracción de la materia controvertida.

35. Que por lo demás, la alusión al extracto –Fundamentos 4, 5 y 7– de la sentencia recaída en el Expediente N.° 06543-2006-PA/TC tampoco resultaba aplicable a la presenta causa, por cuanto alude a un pretendido ascenso en la carrera judicial, que no constituía el supuesto de autos en tanto, como ha quedado dicho, se trataba de un concurso abierto.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

RESUELVE, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli, que se agrega

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
ÁLVAREZ MIRANDA
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

Lo que certifico

VÍCTOR ANDRÉS ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 000243

EXP. N° 03613-2010-PA/TC
LIMA
LUZ DEL CARMEN IBAÑEZ CARRANZA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO JUAN VERGARA GOTELLI

Lima, 8 de marzo de 2011

Emito el presente voto singular por las siguientes consideraciones:

Petitorio

1. La recurrente interpone demanda de amparo contra el Consejo Nacional de la Magistratura (en adelante CNM) a fin de que se deje sin efecto la Resolución Nº 072-2008-CNM, de fecha 7 de julio de 2008, así como se declare inaplicables los artículos 7.a.3 y 9 del Reglamento del CNM, aprobado mediante la Resolución Nº 138-2008-CNM, considerando que se le está afectando su derecho a la igualdad y a la no discriminación, a la igualdad de oportunidades sin discriminación en lo laboral, a la interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable, al carácter irrenunciable de los derechos reconocidos en la Constitución, al ascenso y desarrollo de la carrera, al debido proceso, y que el Estado Democrático de Derecho, por lo que solicita se le restituya el proyecto de vida y su línea de carrera.

   Manifiesta que el 25 de enero de 2008 solicitó al CNM que la habilite legalmente para concursara la Magistratura Suprema, teniendo en cuenta que es una profesional con mas de 25 años de abogada que ingresó al Ministerio Público en el año 1982 como abogada auxiliar de Fiscal, y tiene más de 24 años reconocidos como Fiscal, hasta que fue cesada en el auto golpe de Fujimori el 15 de enero de 1993, como consecuencia de la aplicación de inconstitucionales decretos leyes. Agrega que partir de 1994 el gobierno de turno dio oportunidades y ascensos extraordinarios de hasta dos grados por encima de lo que les correspondía a los fiscales que habían quedado en sus cargos, de manera que sus pares fiscales ascendieron directamente al cargo de Fiscal Superior, no exigiéndoseles permanencia en el cargo anterior. Afirma que el 25 de agosto de 1999 retornó al Ministerio Publico en virtud de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el Expediente Nº 051-97-AA/TC, habiendo retomado su línea de carrera dentro de la institución accedió a concurso, obteniendo el cargo de Fiscal Provincial Titular y de Fiscal Superior Titular en el año 2004.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 000241

Resumen de lo actuado en el presente proceso constitucional de amparo

2. Presentada la demanda de amparo se observa que:

a) En primera instancia, el Decimo Juzgado Civil de Lima, con fecha 18 de septiembre de 2009, declaró infundada la demanda por considerar que la demandante no ha demostrado que la restricción contemplada en el párrafo final del artículo 9° del Reglamento de Concursos para la Selección y nombramiento de jueces y fiscales solo se esté aplicando a su caso y no al de otros fiscales superiores, que el invocado derecho al ascenso y desarrollo de la carrera en la magistratura no está referido en forma directa al contenido constitucionalmente protegido, sino que constituye un derecho de configuración legal, por lo que no es susceptible de ser restituido vía un proceso de amparo.

b) Habiendo obtenido sentencia desestimatoria la recurrente presenta su recurso de apelación contra dicha decisión.

c) Mediante escrito la demandante se desiste del recurso de apelación y del proceso, debido a que el CNM aprobó la nomina de postulantes aptos al Concurso para Jueces y Fiscales Supremos, materia de la convocatoria N° 003-2009-CNM, de conformidad con el nuevo Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales, aprobado mediante Resolución N° 616-2009-CNM, habiéndosele declarado apta para participar en dicho concurso.

d) Posteriormente la demandante solicita se deje sin efecto el escrito de desistimiento, ya que el CNM mediante Resolución N° 033-2010-PCNM, declaró la nulidad de la convocatoria para el concurso público aprobado por la Resolución N° 616-2009-CNM.

e) La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en segunda instancia, revocando la apelada declaró improcedente la demanda por considerar que ha operado la sustracción de la materia, aduciendo que se verifica que el CNM habilitó a la demandante como postulante apta, incluyéndola en la nomina de postulantes a la plaza de Fiscal Supremo objeto de la Convocatoria N° 003-2009-CNM, resultaba evidente que había cesado la afectación de los derechos constitucionales invocados, aún cuando el CNM haya declarado la nulidad de la Convocatoria N° 003-2009-CNM, lo que deslegitima la declaración de habilidad y aptitud legal de la demandante para concursar a una plaza de fiscal suprema.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 000247

f) La actora presenta el recurso de agravio constitucional (en adelante RAC) señalando que se le ha vulnerado el derecho a la igualdad y no discriminación, señalando que ella ya ha cumplido con los requisitos exigidos al contar con 26 años como abogada y 15 años como docente, superando ampliamente los requisitos para ingresar al concurso de plazas de la Magistratura Suprema, para la que la ley exige, como mínimo, 15 años como abogado o docente. En el caso en concreto se debe tener en consideración que existiendo ciertos requisitos para ingresar al concurso de plazas de la Magistratura Suprema, la actora en su condición de Fiscal Superior no cuenta con el requisito señalado, es decir el requisito de contar con 10 años en el cargo, contando a la actualidad sólo con 5 años.

3. Tenemos así que la recurrente solicitó expresamente en su demanda que se le declarase apta para concursar en la convocatoria ante el Consejo Nacional de la Magistratura. De fojas 430 a 434 encontramos que la recurrente fue declarada postulante apta para la plaza de Fiscal Supremo para la Convocatoria N° 003-2009-CNM. Por ello es que la recurrente se desiste de su recurso de apelación interpuesto contra la resolución que declaró infundada la demanda de amparo. Tal situación traería como consecuencia la sustracción de la materia, bajo lo establecido en el segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, que señala: "*Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.*"

4. Si esto es así, consideraría entonces que este caso resulta improcedente por cuanto conforme a la demanda a la recurrente se le declaró apta como postulante al cargo de Fiscal Supremo, pretensión que precisamente buscaba en su demanda de amparo. Por ello es que al haberse dado por concluido el concurso sería innecesario emitir un pronunciamiento de fondo. No obstante lo que expongo precedentemente es posible también observar una situación singular, en atención a la trascendencia de la materia discutida, por lo que el hecho de dejar sin resolver el fondo de la controversia implicaría la continuidad de conflictos en los concursos ante el Consejo Nacional de la Magistratura, en atención al interés particular de cada uno de los postulantes según los vaivenes procedimentales que podrían presentarse, maxime considerando el particular interés que para la institucionalidad presenta, en el fondo, el caso en concreto.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 000243

5. En tal sentido al revisar los actuados y la normatividad pertinente aplicable necesariamente a este concurso no obstante tratarse de un proceso ya concluido, considero necesario ingresar al fondo de la controversia y verificar de paso la existencia de alguna afectación a la demandante, como lo denunció en su demanda:

   a) El artículo 147° de la Constitución Política del Perú establece que "*Para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere: 4. Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.*"

   b) En concordancia con ello el artículo 158° de la misma Carta Constitucional señala en su último párrafo que "(…) *Su nombramiento está sujeto a requisitos y procedimientos idénticos a los de los miembros del Poder Judicial en su respectiva categoría.*" Es decir para ser Fiscal Supremo se requiere *haber sido Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.*

   c) Asimismo, el artículo 9° del Reglamento del Consejo Nacional de la Magistratura señala que "*Para el cómputo de los períodos de ejercicio exigidos en los artículos 6° (Juez y Fiscal Supremo) y 7° (Juez Superior, Fiscal Adjunto Supremo y Fiscal Superior) de la Ley de la Carrera Judicial, no se acumulan los servicios prestados en calidad de provisional o supernumerario a los de titular en el mismo grado. La acumulación sólo es posible para el cómputo de los requisitos previstos en el artículo 8° (Juez Especializado o Mixto y Fiscal Provincial) de la citada Ley. 5 Procede la acumulación de servicios prestados en el Poder Judicial y el Ministerio Público. El postulante en condición de magistrado debe acreditar haber ejercido únicamente la magistratura por el tiempo de servicios exigido por la ley. Asimismo, el postulante en condición de abogado o docente universitario puede acumular los periodos ejercidos como abogado, docente o magistrado, siempre que no sean simultáneos.*"

   d) No podemos dejar de analizar y compatibilizar lo establecido en la Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial, puesto que cualquier pronunciamiento respecto al cómputo de los periodos de ejercicio para un ascenso inmediato superior tendrá incidencia directa en dicha ley. Respecto a lo que se pretende en la demanda debemos señalar que el artículo 6° de la referida ley establece cuales son los requisitos especiales para Juez Supremo, refiriendo como requisito en su acápite "2. *haber ejercido el cargo de Juez Superior Titular o Fiscal del mismo nivel cuando menos diez (10) años o, alternativamente, haber ejercido la abogacía o desempeñado la docencia universitaria en materia jurídica por quince (15) años*".

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 000

e) Debemos observar que tanto en el texto constitucional como el texto legal encontramos que los requisitos para acceder al cargo de Fiscal Supremo existen disyuntivas y por ende excluyentes entre sí. La pregunta sería ¿qué ha querido el constituyente con la "o"?. Para ello debemos analizar dicho extremo. La norma constitucional expresa que para ser Magistrado de la Corte Suprema se requiere: *4. Haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años, o haber ejercido la abogacía o la cátedra universitaria en materia jurídica durante quince años.* (subrayado nuestro). Es decir para acceder a dicho cargo se requiere, primero, haber sido magistrado de la Corte Superior o Fiscal Superior durante diez años; o, segundo, haber ejercido la abogacía durante 15 años, o, tercero, haber ejercido la cátedra en materia universitaria durante quince años. Lo que expresa pues la Constitución es el cumplimiento a exclusividad, en cualquiera de los tres cargos, por el tiempo, también a exclusividad, de cada exigencia, ¿y esto a efectos de qué?. Puedo esbozar una respuesta. Considero necesario expresar que la Constitución Política del Estado es el parámetro que limita al legislador para la emisión de las leyes. En tal sentido estamos de acuerdo en afirmar que el legislador no puede exceder y mucho menos contradecir lo expresado en la Carta Constitucional. En el caso de autos la Carta Constitucional al establecer los requisito para acceder al cargo de Juez o Fiscal Supremo ha hecho uso del conectivo disyuntivo "o". Por ello no puede pasar inadvertido que el constituyente ha pretendido dejar establecido que para acceder a los cargos mencionados debe contabilizarse sólo el tiempo dedicado a exclusividad como Fiscal o como abogado o como docente, respetando, claro está, los años requeridos. Es decir, de ninguna manera la interpretación que debe de extraerse de dicha norma de rango constitucional puede admitir que se acumulen y sumen los periodos de realización por cualquiera de las tres actividades expresadas en la norma, ya que es evidente que dicha disyunción es para evitar que la persona que se encuentre en uno de los supuestos participe o concurse como tal y no busque en qué supuesto satisface los requisitos, burlando dicha limitación. Debe tenerse presente que cuando el constituyente integró dicha norma constitucional con el conectivo disyuntivo "o" lo hizo teniendo pleno conocimiento de que la persona que ostentaría el cargo de fiscal también era abogado, lo que significa que la letra o fue colocada para expresar claramente que la persona que tenía el cargo de fiscal debía presentarse sólo como tal y no burlar la norma y presentarse como abogado y no como fiscal. Es decir nadie podría argumentar que el hecho de ser fiscal no implica dejar de ser abogado, puesto que eso es claro, pero es evidente también que cuando la norma se refiere a abogado lo hace en referencia al abogado en ejercicio de la defensa, al denominado litigante, y no a aquel que cumple con una función pública, como es el fiscal.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS
000243

f) Por ello afirmo y concluyo expresando que la norma constitucional ha pretendido expresar que para acceder al cargo de Juez o Fiscal Supremo, se debe cumplir con el requisito de haber sido Fiscal Superior por un periodo de 10 años, es decir no ejercer defensa de ninguna persona, o ser abogado por un periodo de 15 años, esto es ejercer solo la defensa técnica –litigar–, o ejercer la docencia por un periodo de 15 años, debiendo para ello su computo ser independientes el uno del otro para la postulación al cargo.

Considero así que lo que se exige es la exclusividad en la función, buscándose de esta manera evitar que quien ha venido haciendo carrera judicial o fiscal no burle la Constitución ni la ley y de el salto a la garrocha y de la noche a la mañana, por ejemplo, convierta al Juez de Paz Letrado porque tienes mas de 15 años de recibido de abogado, en postulante a Juez Supremo haciendo una suma interesada y rompiendo el orden con lo que contravendría el propio espíritu del constituyente, afectando a la vez de manera directa a la ley de la carrera judicial, que ha buscado regular el ingreso a la judicatura y la forma de ascenso de los integrantes a dicho órgano constitucional. Esto no significa pueda presentarse un haz de situaciones que merecerán atención y pronunciamiento por parte de este Colegiado, pero deberá evaluarse caso por caso de manera que se evalúe la pretensión traída al proceso de amparo. En este proceso, lo que realmente busca la demandante que, tratándose de un proceso concursal ya concluido, exige la decisión de fondo.

g) En el caso de autos la recurrente cuestiona la aplicación del artículo 9° del Reglamento de Concursos para la selección y nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado por Resolución N° 138-2008-CNM del Consejo Nacional de la Magistratura que expresa que: "Para el computo de los periodos de ejercicio exigidos en las leyes orgánicas del Poder Judicial y del Ministerio Público, se acumulan los servicios prestados en calidad de provisional o suplente a los de titular en el mismo grado. Procede la acumulación de servicios prestados entre ambas instituciones

Los periodos dedicados al ejercicio de la abogacía, al desempeño de la docencia universitaria en disciplina jurídica y a la carrera judicial o fiscal son acumulables para quienes postulan en la condición de abogados o docentes universitarios, siempre que no se hubieran ejercido en forma simultánea. No procede dicha acumulación para quienes postulan a plazas de Vocal o Fiscal Supremo"

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS 00024

h) La normativa citada y cuya inaplicación se solicita en el presente proceso constitucional en su último párrafo establece tanto para los abogados como para los docentes la posibilidad de acumular los periodos dedicados al ejercicio de la abogacía, a la docencia y a la carrera judicial o fiscal. Tal permisión para el cómputo de los periodos ejercidos no se realiza con los que postulan a las plazas de Vocal o Fiscal. En tal sentido del análisis expuesto considero que la normatividad citada expresa claramente que se considerarán para el cómputo, los periodos dedicados al ejercicio de la abogacía, de la docencia universitaria y de la carrera judicial siempre que no se hubieran ejercido simultáneamente, es decir siempre que las labores realizadas hayan sido exclusivas, puesto que en ésta no se admite la sumatoria de los periodos ejercidos como juez o fiscal, abogado o docente.

i) Con la ley se ha buscado incentivar también la carrera judicial y fiscal, evitando, como señalé anteriormente el salto a la garrocha y la burla a la Constitución y las leyes. Para ello la normativa del Consejo Nacional de la Magistratura ha buscado la experiencia a exclusividad del ejercicio de la función pública, es decir sólo Fiscal o abogado en ejercicio, o docente universitario con los años que se exigen por las normas pertinentes. Por ende considero que dicha exclusividad no puede constituir un argumento para expresar que la normativa cuestionada es inaplicable, puesto que lo único que se busca es exigir la experiencia cabal del Juez o Fiscal, que se traduzca en la escala debida por meritos, tomando en cuenta la trayectoria de quien disputa un cargo inmediato superior. Es decir la recurrente tiene mas de 25 años en antigüedad de la expedición de su titulo de abogada pero no tiene 10 años como Fiscal Superior Titular.

j) La recurrente busca pues que se le compute el tiempo que tiene como abogada (contando la fecha de expedición de su titulo), cuando gran parte de ese tiempo ha sido ejercido como fiscal inferior y no como abogada en ejercicio de la defensa –que es lo que exige la Constitución– a efectos de que se le declare apta para postular a la plaza de fiscal supremo, sin detenerse a analizar el espíritu de la Constitución. Nadie expresa que no puede concursar como abogada pero para realizar tal acto debe descontar el tiempo que ha ejercido la función pública como fiscal, no pudiendo pretender que se le contabilice el tiempo de abogado aún cuando es conocido que ha realizado la función fiscal, ya que la norma constitucional expresamente señala la exclusividad de la realización de determinada función. Es así que en el caso de la recurrente encuentro que no cumple con los requisitos exigidos, como es el tiempo requerido para acceder a la plaza de fiscal supremo, puesto que el tiempo que ella pretende que se le

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO
FOJAS
00025

contabilice como abogada, en realidad ha laborado como fiscal y no como abogado en ejercicio de la defensa, que es lo que pretendió el constituyente.

Por las consideraciones expuestas mi voto es porque se declare **INFUNDADA** la demanda de amparo propuesta.

Sr.

VERGARA GOTELLI

Lo que certifico:

VICTOR ANDRES ALZAMORA CARDENAS
SECRETARIO RELATOR