

Instituto de Defensa Legal
Documento de trabajo N° 34
Lima, 1 de octubre de 2009



**INFORME SOBRE EL PROYECTO DE LEY N° 3395/2009-PE
DEL PODER EJECUTIVO, EN RELACIÓN A QUIÉNES VOTAN EN LA ELECCIÓN DE
CONSEJEROS Y CONSEJERAS DEL CNM REPRESENTANTES DE LOS COLEGIOS
PROFESIONALES**

Introducción

El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM) es uno de los principales órganos del sistema de justicia, ya que se encarga de la selección, nombramiento, ratificación y destitución (sancionar disciplinariamente) a todos los jueces, juezas y fiscales del país. De esa forma, puede decirse que quienes llegan a integrar el mismo, como Consejero(a), tienen en sus manos la responsabilidad de desempeñar adecuadamente las delicadas labores encargadas, con el objeto de asegurar los fines para los que el CNM fue creado: garantizar la independencia y la eficacia de la magistratura.

Pero no sólo los consejeros(as) tienen esa responsabilidad. Las instituciones y personas encargadas de escoger quiénes integrarán el CNM, tienen el deber de garantizar, con su elección, que a éste lleguen las personas más idóneas para ejercer el cargo. Esto, a través de condiciones mínimas para una elección transparente y responsable: amplia convocatoria de postulantes al cargo, conocimiento de currículos y propuestas, debate entre candidatos, posibilidad de que se realicen observaciones a las candidaturas, información con la debida anticipación del inicio del proceso y cada una de sus etapas, amplia difusión sobre el mismo, y fundamentación de la elección que se haga de tal o cual candidato.

Punto aparte, un tema principal en esta elección es el referido al “**quiénes eligen**” a los consejeros(as). Como sabemos, la singular conformación que la Constitución ha diseñado para el CNM, hace que diversas instituciones, sobre todo de la sociedad civil, estén involucradas con la elección: la Sala Plena de la Corte Suprema (que eligen a uno), la Junta de Fiscales Supremos (que eligen a uno), lo rectores de las universidades públicas y privadas (que eligen a dos), los miembros de los colegios profesionales (que eligen a dos), los miembros de los colegios de abogados (que eligen a uno).

Sobre el particular, el 12 de agosto del 2009 el Poder Ejecutivo ha presentado el Proyecto de Ley N° 3395/2009-PE, “Ley que modifica a los numerales 3) y 4) del artículo 17° de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura”, que propone, en relación a la elección que realizan los colegios profesionales (no abogados), que ya no sean **los miembros** de los colegios profesionales, sino **los decanos**, quienes elijan a tales consejeros(as).

¿Es esta propuesta del Ejecutivo, constitucional? En el presente informe, analizaremos los fundamentos de la misma, desde el punto de vista jurídico como de oportunidad. Adelantamos, que el Proyecto de Ley presentado al Congreso de la República es inconstitucional porque vulnera derechos y principios de la

Instituto de Defensa Legal
Documento de trabajo N° 34
Lima, 1 de octubre de 2009

interpretación constitucional, además de tener una fundamentación que no es coherente con los derechos que señala proteger.

Lo que propone el Proyecto de Ley N° 3395/2009

El Proyecto de Ley propone, en relación a la elección que realizan los colegios profesionales, la siguiente modificatoria a la Ley Orgánica del CNM:

“Artículo 17.- El Consejo Nacional de la Magistratura se conforma con miembros elegidos mediante votación secreta. Está integrado de la siguiente manera:

1. Uno elegido por la Corte Suprema en Sala Plena. La elección está a cargo de los Vocales Titulares.
2. Uno elegido por la Junta de Fiscales Supremos. La elección está a cargo de los Fiscales Titulares.
3. Uno elegido por los *Colegios de Abogados del país. La elección está a cargo de los Decanos en funciones, elegidos en cada Colegio de Abogados del País.*
4. Dos elegidos por los *demás Colegios Profesionales del país. La elección está a cargo de los Decanos en funciones elegidos por los miembros de casa Colegio Profesional del País.*
5. Uno, elegido por los Rectores de las Universidades Nacionales del país.
6. Uno, elegido por los Rectores de las Universidades Particulares del país.”

Es decir, se propone que la elección ya no la realicen los miembros de los colegios profesionales (todos y cada uno de ellos), sino que voten los decanos que, para el momento de la elección de los consejeros(as), se encuentren en funciones.

El proyecto, a fin de fundamentar su propuesta, presenta los siguientes argumentos:

Vulneración del derecho a la igualdad

El proyecto de ley sostiene que la actual regulación de la Ley Orgánica del CNM vulnera el derecho a la igualdad en tanto que:

Primero: Señala una forma diferente de elección para el caso de los Consejeros representantes de los colegios profesionales. Se indica, que mientras para el caso de la elección de los consejeros representantes de la Corte Suprema y Universidades (por ejemplo) no votan todos y cada uno de los jueces supremos (no votan los provisionales), ni votan todos y cada uno de los “miembros de cada claustro universitario” (sino, sólo los rectores); el que en el caso de la elección de los consejeros representantes de los colegios profesionales se señale que sí votan todos los miembros (y no los decanos), es incurrir en una vulneración al derecho a la igualdad en la forma de cómo se eligen a los consejeros(as).

Así, de acuerdo a la propuesta del Ejecutivo, la forma de elección para el caso de los representantes de los colegios profesionales está a contracorriente de la fórmula diseñada para la elección de los demás consejeros(as).

Segundo: Indica también el Proyecto de Ley, como segundo argumento, el de la "realidad incuestionable que todos los Colegios Profesionales del país no tienen el mismo número de profesionales". Por ejemplo se indica, mientras el Colegio de Enfermeras tiene más de 50 mil miembros colegiados, el Colegio de Biólogos tiene más o menos 7 mil 500. Refiere el proyecto del Ejecutivo que esta situación fáctica llevará de forma inevitable a "que los candidatos de los Colegios Profesionales con el mayor número de colegiados ganarán siempre las elecciones relegando a los candidatos de otros Colegios Profesionales con minoría de agremiados."

Se soslaya que los decanos de los colegios profesionales ya tuvieron una elección democrática

Otro argumento es que los decanos, quienes son los máximos representantes de los colegios profesionales, quedarían relegados en estas elecciones tan importantes. Representantes que, a diferencia de los vocales de la Corte Suprema o los fiscales supremos titulares, han sido ya elegidos democráticamente.

Lo anterior, más el hecho que la Constitución en su artículo 155 señala que los consejeros representantes de los Colegios profesionales son elegidos por los "miembros"; la Propuesta de Ley del Ejecutivo esboza una interpretación para que su propuesta no caiga en una manifiesta inconstitucionalidad. Tal intento consiste en lo siguiente:

1. La Constitución señala que estos consejeros, representantes de los colegios profesionales, deben ser elegidos por sus miembros.
2. Es decir, estos consejeros deben ser elegidos por "sus pares" (pues todos son miembros de colegios profesionales).
3. Entonces, el que en primer lugar cada colegio profesional elija a su representante (decano/a), y luego éstos elijan también democráticamente a sus consejeros representantes ante el CNM, mantiene la idea de que sean los miembros quienes elijan (aunque indirectamente) a tales consejeros.

De esta forma, es como el Proyecto de Ley del Ejecutivo propone que sean los decanos y ya no los miembros de los colegios profesionales, quienes elijan a los consejeros representantes de los colegios profesionales.

Lo que dispone la Constitución

Antes de entrar al análisis de la propuesta del Poder Ejecutivo, es necesario tener en claro qué es lo que dispone la Constitución al respecto, toda vez que es desde la Constitución (de la mano con otros derechos y principios constitucionales de la misma Carta, sin olvidar las diversas disposiciones que integran el “Bloque de constitucionalidad”), de donde se deberá concluir si la propuesta del Poder Ejecutivo es o no constitucional.

“Artículo 155.- Son miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, conforme a la ley de la materia:

1. Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en Sala Plena.
2. Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos.
3. Uno elegido por los miembros de los Colegios de Abogados del país, en votación secreta.
4. Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás Colegios Profesionales del país, conforme a ley.
5. Uno elegido en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales.
6. Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares.

El número de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura puede ser ampliado por éste a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo Consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representativas del sector laboral y del empresarial.

Los miembros titulares del Consejo Nacional de la Magistratura son elegidos, conjuntamente con los suplentes, por un período de cinco años.”

Análisis de la propuesta del Poder Ejecutivo

Como adelantamos en la introducción del presente Informe, el Proyecto de Ley N° 3395/2009-PE es inconstitucional. A continuación, señalaremos los argumentos tanto jurídicos como de conveniencia u oportunidad por los que el proyecto bajo comentario no debe prosperar en el debate parlamentario.

El debate jurídico

1. ¿Realmente se vulnera el principio de igualdad?

Como ya se ha señalado, uno de los principales argumentos del Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo es la vulneración del principio-derecho a la igualdad. No obstante, el proyecto yerra en hacer alusión al mismo, toda vez que éste no es vulnerado.

Como se recordará, el principio-derecho a la igualdad no consiste en tratar igual (y en este caso, de regular igual) a todos y cada uno de los supuestos de elección. Por el contrario, el mandato constitucional es el de tratar igual a los iguales, y desigual a los desiguales. Lo anterior siempre y cuando la razón de la desigualdad no sea alguna de las llamadas “razones prohibidas” (como por ejemplo, las diferencias basadas en criterios de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, como señala el artículo 2 de la Constitución). Es decir, sí cabe hacer diferencias en tanto que así lo permita la naturaleza de las cosas, y no por las diferencias de las personas.

Recordemos lo que claramente señala el Tribunal Constitucional (TC):

“Es constante la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional según la cual, la cláusula de igualdad prevista en el artículo 2°2 de la Constitución, no implica el derecho a un tratamiento “uniforme”, esto es, que **no supone un principio de protección frente al trato diferenciado sino, tan sólo, frente al discriminatorio, entendido éste como aquel juicio de distinción que no se sustenta en base razonable, objetiva y concretamente verificable.** Dicho de otro modo, desde la perspectiva de quien se considera afectado en su derecho a la igualdad “en la ley”, **no basta alegar la existencia de una determinada circunstancia que lo asemeja a quien pretende utilizar como término de comparación, sino que es necesario incidir en la ausencia de un criterio razonable que permita diferenciarlos en atención a la materia que es regulada por la norma; y, desde la perspectiva de quien considera legítima una determinada diferenciación legal, no bastará incidir en un criterio accesorio o inocuo de distinción, sino en la existencia de una diferencia objetiva y esencial a la luz de la materia regulada por la norma.”**

Considerando 47 de la sentencia recaída en los EXPS. N° 001-2004-AI/TC y 002-2004-AI/TC (acumulados). El subrayado es nuestro.

En la siguiente cita, el TC remarca lo que significa el “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”:

“En su dimensión material, el derecho de igualdad supone no sólo una exigencia negativa, es decir la abstención de tratos discriminatorios; sino, además, una exigencia positiva por parte del Estado, que se inicia con el reconocimiento de la insuficiencia de los mandatos prohibitivos de discriminación y la necesidad de equiparar situaciones, *per se*, desiguales. **Tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, pues, no se traduce en el derecho a ser objeto del mismo trato, con independencia del contexto o las circunstancias en las que un sujeto**

Instituto de Defensa Legal
Documento de trabajo N° 34
Lima, 1 de octubre de 2009

se encuentre, sino a que se realice un tratamiento diferenciado si es que dos sujetos no se encuentran en una situación igual. Por tanto, el problema es determinar qué tratos diferenciados son constitucionalmente admisibles, lo que deberá de analizarse en cada caso concreto conforme al *test* de razonabilidad y proporcionalidad."

Considerando 11 de la sentencia recaída en el Exp. 0606-2004-AA/TC. El subrayado es nuestro.

Así, es la propia Constitución que diferencia (y no discrimina) en la forma de cómo cada grupo, representado en el CNM, elige al consejero(a) correspondiente. ¿Hay alguna razón para que la Constitución haya establecido que tales elecciones sean diferenciadas? Por supuesto que sí. Porque cada uno de los grupos que cuentan con un representante en el CNM tienen naturaleza, composición y lógica institucional distintas: unos son entes estatales (como la Corte Suprema, la Junta de Fiscales Supremos), otros son organizaciones de la sociedad civil (como las universidades, los Colegios de profesionales, el sector empresarial y el sector de los trabajadores).

Es muy diferente hablar de instituciones estatales y de organizaciones de la sociedad civil. Por ejemplo, las primeras, tienen el deber y la función constitucional de proveer de diversos servicios a la sociedad así como garantizar el goce de los derechos fundamentales y el cumplimiento del ordenamiento jurídico. Las segundas, si bien pueden desempeñar un rol de soporte al Estado para el cumplimiento de sus fines, se encuentran en la posición de ser el beneficiario obligado de la acción estatal, a la que tiene derecho.

Asimismo, si tenemos en cuenta la estructura de cada una de estas instituciones, encontraremos sustanciales diferencias. Por ejemplo, mientras en unas la relación entre sus estamentos internos es de "jerarquía" funcional (competencias que se complementan para lograr la finalidad última de administrar justicia o de persecución del delito); en las otras la relación no es de reparto de competencias que se entrelazan (por ejemplo, el caso de las Universidades, conformada por tres estamentos: docentes, alumnos y ex alumnos), siendo además absolutamente diferentes los fines de las Universidades respecto al Ministerio Público y al Poder Judicial.

Como puede observarse, las instituciones o grupos que cuentan con un representante en el CNM tienen funciones, lógicas y estructuras totalmente distintas. No estamos hablando, pues, de instituciones similares que, al ser regulados de forma diferente los procesos de elección de cada una de ellas, se contravendría el principio-derecho a la igualdad, o la regla "a igual razón, igual derecho".

Además, tan cierto es que la Constitución ha tenido el propósito e intención de regular de manera diferente tales elecciones, que la forma en que son elegidos

Instituto de Defensa Legal
Documento de trabajo N° 34
Lima, 1 de octubre de 2009

los representantes de los grupos empresariales y de trabajadores, es también diferente a las de los demás: no son elegidos por sus pares (otros empresarios, otros trabajadores), ni por representantes elegidos por ellos; sino que son electos por los otros siete consejeros(as) elegidos(as) (esta elección, por cierto, es obviada por la Exposición de motivos del Proyecto de Ley). Esto evidencia claramente que la Constitución no ha querido establecer “una corriente” común en relación a la forma de elección, como se pretende hacer ver. Se equipara indebidamente a grupos que no son iguales.

Por todo ello, no es posible hablar de la vulneración del principio-regla de igualdad. Si se pretende efectivizar una idéntica forma de elección de los consejeros(as), deberíamos tener y partir de grupos similares representados; pero no es así.

“...la Corte Suprema en Sala Plena y la Junta de Fiscales Supremos eligen democráticamente a sus representantes ante el CNM; en tales votaciones sólo participan los Vocales Supremos o Fiscales Supremos Titulares, es decir, que se excluye los Vocales y Fiscales Supremos Provisionales, quienes no participan en la elección del representante institucional por acreditarse ante el CNM.

Igual sucede con el contenido de los numerales 5) y 6) del citado artículo, cuando se establece que los Rectores de Universidades Nacionales como particulares del país, eligen a sus representantes ante la CNM. Allí tampoco intervienen todos los miembros de cada claustro universitario: en la elección de sus representantes por parte de las universidades sólo intervienen los Rectores, reunidos en votación secreta.

Siguiendo una corriente distinta, los numerales 3) y 4) del artículo 17° de la Ley N° 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura establecen que los representantes ante el CNM correspondientes a los Colegios Profesionales del país serán elegidos por todos sus miembros, esto es, que los abogados Colegiados de todo el país serán elegidos por todos sus miembros, esto es, que los abogados Colegiados de todo el país elegirán a un representante y todos los profesionales colegiados en otros Colegios Profesionales elegirán a dos (2) representantes ante el CNM. Aquí, paradójicamente, se soslaya a los máximos representantes de los Colegios Profesionales como son sus Decanos; no obstante que, a diferencia de los Rectores y los Vocales de la Corte Supremo (sic) o Fiscales Supremos Titulares, tales Decanos han sido ya elegidos democráticamente por todos sus colegas.” *Exposición de motivos del Proyecto de Ley bajo comentario. Nótese la errada equiparación que se pretende sostener entre los diversos grupos que cuentan con representantes ante el CNM, así como la supuesta “corriente” establecida por la Constitución. El subrayado es nuestro.*

Alguien podría señalar que, si bien es clara la diferencia entre los entes estatales (como la Corte Suprema y la Junta de Fiscales Supremos), no es clara la razón por la que se diferencia la elección de los representantes de las Universidades,

de la elección de los representantes de los Colegios Profesionales; ambos, instituciones de la sociedad civil. Por lo tanto, al igual que en el caso de las universidades eligen los rectores, para el caso de los colegios profesionales se debiera propender a que elijan los decanos.

Esto no es cierto, toda vez que estos colectivos si bien pertenecen a la sociedad, no son similares. En efecto, entre las universidades y los colegios profesionales existen diversas diferencias, siendo la más importante, la estructura interna de los mismos: las universidades tienen una estructura compuesta por estamentos diferenciados y definidos (docentes, alumnos y ex alumnos), mientras que los colegios profesionales forman un grupo único y homogéneo (los colegiados). Además, cabe recordar que la lógica de las elecciones internas en cada uno de estos dos colectivos es diferente: mientras que en el primero se realiza preferentemente con elecciones previas de representantes de cada uno de los estamentos, en el segundo, de preferencia las elecciones se realizan en conjunto y a través del voto universal. Son, pues, dos supuestos distintos.

2. Una "analogía" mal aplicada

Cabe agregar, además, que en todo caso, el Proyecto de Ley trata de realizar una especie de *analogía* (método de interpretación jurídica). Es decir, trata que la consecuencia de una norma jurídica (la disposición sobre quién elige a los consejeros(as)) se aplique a "un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma"¹. Empero, el esfuerzo no tiene éxito, toda vez que:

- (i) las analogías se aplican cuando el supuesto de hecho al que se quiere adjuntar la consecuencia jurídica de otro supuesto de hecho, no está regulado. En el caso bajo comentario, la Constitución sí señala quién debe ser quien elija a los consejeros(as) representantes de los colegios profesionales: los miembros.
- (ii) El supuesto de hecho al que se quiere adjuntar la consecuencia jurídica de otro supuesto de hecho regulado, debe serle semejante en sustancia. Como hemos podido ver, los grupos de personas cuya forma de elección se quiere equiparar, no son sustancialmente iguales.
- (iii) No debe existir impedimento alguno para que la analogía pueda llevarse a cabo. Por ejemplo, el uso de la analogía no podría limitar o restringir arbitrariamente otros derechos. En el caso en particular, la "analogía" pretendida por el Proyecto de Ley restringe sin justificación el derecho fundamental de participación ciudadana de todos y cada uno de los profesionales. Sobre el particular, podemos señalar a modo de ejemplo la siguiente disposición constitucional:

¹ RUBIO, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Novena edición. Pág. 247.

“Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.”

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“...los alcances de dicho principio de **inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos** no han de entenderse restrictivamente como pertenecientes sólo al ámbito del derecho penal y procesal penal, sino como **aplicables a todo el ordenamiento jurídico**, particularmente cuando con una medida limitativa de derechos el Estado intervenga en el seno del contenido constitucionalmente protegido de estos.

Los alcances del principio en referencia han sido desarrollados en diversas normas del ordenamiento jurídico; por ejemplo, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil -verdadera norma materialmente constitucional-, según el cual ‘La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía’; también por el ordinal ‘a’ del artículo 29° de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual ‘Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona (...), limitarlos (los derechos y libertades reconocidos en la Convención) en mayor medida que la prevista en ella.’”
Considerando 8 de la sentencia recaída en el Exp. N° 2235-2004-AA/TC. El subrayado y énfasis es nuestro.

Continuando con la indebida aplicación de la analogía usada por el Proyecto de Ley, cabe decir que, en efecto, de la exposición de motivos puede observarse que se recurre al argumento “a igual razón, igual derecho”, el mismo que corresponde a un apotegma jurídico que materializa una de las manifestaciones de la analogía (argumento *a pari*). Para que este argumento pueda ser aplicado adecuadamente se requiere que exista, al menos, entre los supuestos o consecuencias jurídicas que se quieren equiparar, una semejanza; la misma que es inexistente como ya hemos señalado.

“Según el argumento *a pari*, ‘donde hay la misma razón, hay el mismo derecho’. El argumento recurre claramente a la *ratio legis* de la manera como hemos visto en páginas anteriores y constituye el arquetipo de la analogía propiamente dicho.”²

Es necesario recordar, a modo de resumen, lo que señala Marcial Rubio en relación a esta institución de la interpretación jurídica:

² RUBIO, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Novena edición. Pág. 253.

"...a la analogía hay que recurrir restrictivamente y tomando varias precauciones. Esto, en ningún modo significa pretender que la analogía debe ser raramente utilizada. Más bien, quiere llamar la atención sobre su naturaleza dentro del Derecho. En otras palabras: la analogía es algo permitido y, en muchos casos, deseable dentro del Derecho pero debe utilizarse sin violentar los contenidos normativos explícitos ni los principios de orden legal que regulan a los grupos normativos, conjuntos, subconjuntos y al sistema jurídico en general."³ *El énfasis es nuestro.*

3. El derecho fundamental a la participación

No hay que perder de vista que, en la Constitución, se ha explicitado el derecho a la participación de los miembros de los colegios profesionales en la elección de sus representantes ante el CNM. El ejercicio de este derecho ha sido referido para los miembros, y no para los decanos(as). De haber sido así, la propia Carta Magna hubiera diseñado dicha elección de modo similar que en el caso de las universidades, en donde quienes eligen son los rectores. Es claro que en este supuesto la Constitución no ha restringido (pues no hay motivo justificado para ello, como hemos señalado líneas arriba) el goce del derecho a la participación directa de los miembros de los colegios profesionales en estas importantes elecciones.

¿Cabría, entonces, restringir el goce de este derecho? Otro motivo fundado para no restringir este derecho fundamental, es la importancia intrínseca que tiene para el régimen democrático, el cual es una de las características que define a todo Estado Constitucional de Derecho (además de, por ejemplo, la defensa de los derechos humanos). Así, la participación se convierte en uno de los derechos a ser interpretado, favoreciendo su ejercicio. Y esto, especialmente, en un ámbito tan importante como el de la administración de justicia.

Sobre la importancia de este derecho, y su contenido, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

"... El derecho a la participación en la vida política, económica, social y cultural de la nación, reconocido en el artículo 2°, inciso 17, de la Constitución, constituye un **derecho fundamental** cuyo ámbito de protección es la libre intervención en los procesos y la toma de decisiones en el ámbito político, económico, social y cultural. La participación política **constituye un derecho de contenido amplio e implica la intervención de la persona, en todo proceso de decisión, en los diversos niveles de organización de la sociedad.** De ahí que

³ RUBIO, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho.* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Novena edición. Pág. 253.

Instituto de Defensa Legal
Documento de trabajo N° 34
Lima, 1 de octubre de 2009

éste no se proyecta de manera restrictiva sobre la participación de la persona en el *Estado-aparato* o, si se prefiere, en el *Estado-institución*, sino que se extiende a su participación en el *Estado-sociedad*, es decir, en los diversos niveles de organización, público y privado. Tal es el caso, por ejemplo, de la participación de las personas en la variedad de asociaciones, con diversa finalidad, o la participación en todo tipo de cargos; la característica común de todos ellos es que su origen es un *proceso de elección por un colectivo de personas*. Piénsese en la junta directiva de la asociación, del colegio profesional, de los cargos precedidos por elección en las universidades, públicas y privadas, etc.”
Considerando 3 de la sentencia recaída en el Exp. N° 05741-2006-PA/TC. El subrayado es nuestro.

4. El argumento cuantitativo del Proyecto de Ley

La propuesta del Ejecutivo señala, por otro lado, que debido al hecho de que unos colegios profesionales tienen abrumadoramente más miembros colegiados que otros, “los candidatos de los Colegios Profesionales con el mayor número de colegiados ganarán siempre las elecciones relegando a los candidatos de otros Colegios Profesionales con minoría de agremiados.” Esta situación, según el proyecto, trastoca el derecho a la igualdad.

Sobre el particular, hay que recordar y no perder de vista una idea principal sobre la elección de los consejeros del CNM, a fin de definir si este argumento tiene la suficiente razonabilidad:

La finalidad de la elección de los Consejeros del CNM es la de lograr que alcancen dichos cargos las personas que, objetivamente, se encuentren más capacitadas para asumir estas delicadas funciones con independencia, criterio y transparencia. Características y perfil que no necesariamente coincidirá con el del candidato o candidatos del colegio profesional al que cada uno pertenezca, toda vez que entre los otros varios candidatos de los otros colegios profesionales pueden existir mejores opciones, de acuerdo al criterio propio de cada uno de los profesionales. No es, pues, la finalidad o sentido de estas elecciones el que salga elegido el candidato de tal o cual colegio profesional, sino, que salga elegido aquél que cumpla mejor con el perfil que se requiere que tengan los y las consejeros(as) electos(as). Ante este propósito, es imprescindible que todos y cada uno de los profesionales tengan presente la responsabilidad y los criterios (perfil) que han de tener en cuenta al momento de elegir a sus representantes al CNM, dejando de lado el mal acostumbrado espíritu de cuerpo. Se sabe que en la realidad muchas veces éste es el que prima, pero es justamente ello lo que se debe evitar a través de un voto consciente e informado de todas las candidaturas, a fin de ubicar a quien se crea que está más acorde con el perfil necesitado.

Teniendo en cuenta lo anterior, la salida más adecuada para garantizar tal finalidad principalísima, no es la de consagrar que sean los decanos quienes voten (a estas alturas, puede percibirse lo inidóneo de tal medida para conseguir aquél objetivo). La salida más adecuada es la de fomentar y concretar un proceso de elección transparente, con reglas claras y definidas con la debida anticipación, con la mayor convocatoria de candidatos(as), publicidad de sus propuestas, debate y participación de la sociedad civil. Son estas medidas las que subsanarán las taras de la elección, y las que ponderarán a las minorías para sostener y hacer valer su voto.

Punto aparte, cabe señalar que la fórmula propuesta por el Ejecutivo, contrariamente a sus pretensiones, señaladas en la correspondiente Exposición de Motivos, puede concretar una vulneración al juego de “mayorías y minorías” en el caso de, por ejemplo, aquellos colegios profesionales que contando con numerosa cantidad de colegiados(as), terminen representando en el proceso de elección, una proporción que no se condice con la realidad; terminando por ser las minorías, mayorías, y las mayorías, minorías. Ésta es una consecuencia irrazonable de la regla de derecho propuesta que, como toda irrazonabilidad, no encuentra lugar dentro del ordenamiento jurídico.

5. La restricción del Derecho fundamental de la participación ciudadana de los profesionales

La teoría de la interpretación constitucional nos indica que, a fin de encontrar el significado acorde con las disposiciones constitucionales, es preciso, entre otras medidas, tener en cuenta no sólo la disposición constitucional directamente involucrada (en este caso, el artículo 155), sino que también hay que considerar las otras disposiciones constitucionales. Esto, toda vez que uno de los principios de la interpretación constitucional es la de la Unidad Normativa de la Constitución, al ser ésta un todo orgánico. Teniendo en cuenta lo anterior, puede observarse que la propuesta del Poder Ejecutivo olvida el derecho fundamental de la participación ciudadana de los profesionales, al promover su restricción sin justificación razonable.

Además de lo anterior, hay que recordar otro principio de la interpretación constitucional que debemos seguir, no sólo en casos de interpretación de disposiciones constitucionales, sino también, en casos donde pretendemos resolver si es que la disposición de una norma de rango legal se contradice o no con la Constitución. Ello, aún más cuando hablamos de una norma que, como la Ley Orgánica del CNM, pretende desarrollar (y no contravenir) la disposición constitucional.

Instituto de Defensa Legal
Documento de trabajo N° 34
Lima, 1 de octubre de 2009

El principio constitucional del que hablamos es el de *pro homine*, o mejor dicho, *pro personae*. Éste, señala que la interpretación que hagamos de las disposiciones constitucionales debe inclinarse a promover o favorecer el goce de los derechos fundamentales, en lugar de restringirlos.

“(…) principio *pro homine*, según el cual, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio. Vale decir, que el principio *pro homine* impone que, en lugar de asumir la interpretación restrictiva, en el presente caso, del artículo 26° de la ley N° 23506, y así impedir el ejercicio del derecho a la tutela judicial, se elija la tesis que posibilite que el particular pueda ejercer su derecho a la tutela jurisdiccional, para impugnar el acto presuntamente lesivo.”
Sentencia del TC, del 29 de enero del 2003. Exp. 0795-2002-AA/TC. En: Marcial, Rubio. La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Segunda reimpresión, julio del 2006. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 369.

Incluso, teniendo en cuenta los principios de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, podríamos decir que los avances en la protección de los derechos fundamentales que realice el Estado peruano (a través, por ejemplo, de su regulación normativa, sea de nivel constitucional o legal) no pueden ser retrocedidos. Por el contrario, el Estado se encuentra en la obligación de garantizar el grado de protección alcanzado por medio de sus instituciones (por ejemplo, el Congreso, los tribunales de justicia donde están incluidas las altas cortes como la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional) y su ordenamiento jurídico (por ejemplo, emitiendo la normatividad que sea necesaria para garantizar el goce de los derechos fundamentales, como el de la participación).

Como puede observarse, la propuesta del proyecto de ley del Poder Ejecutivo pretende lo contrario, restringiendo sin razones justificadas o razonables, el derecho a la participación ciudadana de los miembros de los colegios profesionales, el mismo que la Constitución ha resguardado.

6. Realmente, ¿se justifica la restricción del derecho a la participación ciudadana? La aplicación del Test de Proporcionalidad

Si bien ya hemos señalado líneas arriba que el argumento de la vulneración del principio-derecho de igualdad no es correcto, toda vez que simplemente se está tratando de manera desigual supuestos de hecho desiguales (lo que no está prohibido, y más bien, es acorde a este principio-derecho constitucional); es pertinente indicar que la argumentación esbozada por el Poder Ejecutivo tampoco resiste la aplicación del Test de Proporcionalidad.

Este Test (recordemos) sirve para precisar si es que la restricción de un derecho fundamental es razonable a causa de la protección justificada y concreta de otro derecho o bien constitucional. Es para aquellos supuestos en los que, en consecuencia, nos encontramos ante dos derechos o bienes constitucionales que a pesar de tener el mismo rango jurídico (ambos son constitucionales) se “contraponen” y, en consecuencia, uno debe “restringirse” a favor del ejercicio del otro en el caso en concreto. Como son dos normas constitucionales, el Criterio de Coherencia Práctica de la interpretación constitucional nos lleva a resolver el aparente enfrentamiento de los derechos constitucionales, siendo una de las herramientas jurídicas utilizadas para ese propósito, el Test de Proporcionalidad.

En nuestro caso concreto, tendríamos “enfrentados” los siguientes derechos o bienes constitucionales: por un lado, el principio-derecho a la igualdad, por la que la regulación sobre quiénes votan en la elección de los representantes para consejeros del CNM debiera señalar para tal encargo a los decanos; y por el otro lado, el derecho a la participación de todos y cada uno de los miembros de los colegios profesionales.

Cabe precisar, antes de continuar con la aplicación del Test de Proporcionalidad, que algunos podrían señalar que el derecho fundamental de la participación también se vería afectado en relación a los miembros de colegios profesionales que tienen poca cantidad de agremiados, cuando al momento de las elecciones, quedarían relegados por el voto mayoritario de los colegios profesionales con mayor cantidad de agremiados. Sobre el particular, hay que decir que el titular del derecho a la participación es (en nuestro caso) la persona del miembro del colegio profesional, y no tanto así el sujeto colectivo conformado por cada asociación de agremiados (si así lo fuera, la Constitución no habría establecido que la votación sea, específicamente, de cada miembro).

Por ello, no hay que confundir el derecho personalísimo de la participación con el de la posición gremial. Lo segundo, si bien es posible de tutela jurídica, crea serios problemas en los siguientes supuestos: ¿qué pasa si miembros de un colegio profesional no están de acuerdo con lo que señala la mayoría de su agremiación?, ¿qué sucederá si uno o varios miembros deciden apoyar la candidatura de un candidato o candidata que no pertenece a su colegio profesional, o que no es apoyado(a) por el mismo? Ciertamente es, que se pueden presentar candidaturas que cuenten con el respaldo de tal o cual colegio profesional, pero de ahí, a eliminar el voto de los miembros, se incurre en una interpretación que restringe indebidamente el derecho a la participación. Así, lo que requieren los miembros de estos colegios para el respeto, garantía y ejercicio adecuado de este derecho, no es tanto que sus decanos sean los únicos que tengan voz y voto en estas elecciones, sino que se les dé adecuada información sobre: las candidaturas, hojas de vida de los postulantes, las propuestas de cada uno de ellos, el debate

entre los candidatos, entre otras medidas de transparencia y participación responsable en el proceso de elección.

Dicho ello, y retomando que los derechos o bienes constitucionales que se ponderarán son el principio-derecho a la igualdad y el derecho a la participación, ¿se justifica en este caso la restricción del derecho a la participación ciudadana de los profesionales?

a. La Existencia del fin lícito que se busca proteger

Como hemos señalado en páginas anteriores, no existe realmente este conflicto, toda vez que el Proyecto de Ley malinterpreta el supuesto en que el derecho a la igualdad resulta vulnerado (pues pretende regular de igual modo supuestos que son esencialmente distintos). En este punto, no teniendo un real "conflicto" entre derechos fundamentales, se concluye que no se puede "restringir" para el caso en concreto, el derecho de participación de los miembros de los colegios profesionales que la Constitución ha consagrado.

No obstante, siendo ya nuestra conclusión la inconstitucionalidad de la propuesta del Ejecutivo, será interesante explorar los criterios del Test de Proporcionalidad, a fin de observar que la inexistencia del fin lícito que se busca proteger, realmente no existe.

b. El Criterio de Idoneidad (idoneidad de la medida adoptada)⁴

¿La medida de que sean los decanos quienes voten en la elección de los representantes al CNM de los colegios profesionales, sirve para asegurar el derecho a la igualdad de los colegios profesionales que tienen pocos agremiados, la participación ciudadana y el voto serio e informado que busque a los mejores candidatos para el cargo de consejeros(as) (finalidades buscadas con las medidas)?

Como se ha sustentado anteriormente, si bien la medida podría resultar a primera vista idónea para asegurar la participación de los colegios profesionales

⁴ Recordemos lo que ha señalado el Tribunal Constitucional respecto al Criterio de Idoneidad: "*Examen de idoneidad*. La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*. Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional. En el examen de idoneidad, el análisis del vínculo de causalidad tiene dos fases: (1) el de la relación entre la intervención en la igualdad *-medio-* y el *objetivo*, y (2) el de la relación entre *objetivo* y *finalidad* de la intervención." Considerandos 37-41 de la sentencia recaída en el Exp. 00045-2004-PI/TC.

que tienen menos agremiados, no es idónea para proteger los otros bienes constitucionales que la Constitución busca tener también en cuenta y que el proyecto no ha considerado, como la participación ciudadana. Recordemos además, como ya hemos señalado, que el derecho de participación de los miembros no necesariamente se condice con la posición gremial representada por el decano.

c. El Criterio de necesidad⁵

¿Hay alguna otra medida, menos gravosa para el derecho a la participación de todos y cada uno de los miembros, que les garantice a los colegios profesionales que tienen menos agremiados, participar en condiciones de igualdad en estas elecciones? No es la única salida (y recordando lo argumentado anteriormente, tampoco es la más idónea). La propuesta más adecuada para ello es la de una convocatoria y proceso de elección que presente las garantías ya mencionadas.

d. El Criterio de proporcionalidad, propiamente dicho⁶

⁵ El Tribunal Constitucional, respecto al Criterio de Necesidad, ha señalado lo siguiente: "*Examen de necesidad*. Bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos. Ahora bien, el presupuesto de este examen es que se esté ante un medio idóneo, puesto que si el trato diferenciado examinado no lo fuera, no habría la posibilidad conceptual de efectuar tal comparación entre medios. En el examen de necesidad se compara dos medios *idóneos*. El optado por el legislador -la intervención en la igualdad- y el o los hipotéticos alternativos. Por esta razón, si el primero estuviera ausente, debido a que no habría superado el examen de idoneidad, el test de necesidad no tendrá lugar.

El examen según el principio de necesidad importa el análisis de dos aspectos: (1) la detección de si hay medios hipotéticos alternativos idóneos y (2) la determinación de, (2.1) si tales medios -idóneos- *no intervienen* en la prohibición de discriminación, o, (2.2) si, interviniéndolo, tal intervención reviste *menor intensidad*. El análisis de los medios alternativos se efectúa con relación al *objetivo* del trato diferenciado, no con respecto a su *finalidad*. El medio alternativo hipotético debe ser idóneo para la consecución del objetivo del trato diferenciado.

En consecuencia, si del análisis resulta que (1) existe al menos un medio hipotético igualmente idóneo que (2.1) no interviene en la prohibición de discriminación o que (2.2), interviniendo, tal intervención es de menor intensidad que la adoptada por el legislador, entonces, la ley habrá infringido el principio-derecho de igualdad y será inconstitucional." Considerandos 37-41 de la sentencia recaída en el Exp. 00045-2004-PI/TC.

⁶ Sobre el Criterio de proporcionalidad en sentido estricto, el Tribunal Constitucional ha precisado que:

"*Proporcionalidad en sentido estricto*. La proporcionalidad en sentido estricto o *ponderación* (*Abwägung*), proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el

¿La protección que se procura otorgar al derecho a la igualdad (que, recordemos, realmente no es vulnerado), es proporcional a la restricción ocasionada al derecho a la participación ciudadana de cada miembro, en el caso concreto? Teniendo en cuenta que en realidad el derecho a la igualdad no es vulnerado, que el derecho a la participación ciudadana es, entonces, restringido sin causa; la medida propuesta por el Proyecto de Ley es desproporcionada.

El debate visto con criterios de oportunidad y/o conveniencia

Luego de haber explorado los argumentos jurídicos que sustentan la inconstitucionalidad del Proyecto de Ley, es importante también dar cuenta de la conveniencia práctica de la misma. No es posible sólo analizar este tipo de propuestas desde lo jurídico, sin tener en cuenta las consecuencias prácticas de las mismas. Así, la pregunta en este apartado es la siguiente: **¿la medida propuesta, asegura que lleguen al CNM mejores autoridades?**

Teniendo en cuenta este cuestionamiento, y de acuerdo a la experiencia ganada en anteriores procesos de elección de consejeros, hemos llegado a la conclusión que la propuesta no es conveniente. Las razones consideradas son las siguientes:

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".

Como se aprecia, hay dos elementos: la afectación -o no realización- de un principio y la satisfacción -o realización- del otro. En el caso de la igualdad es ésta el principio afectado o intervenido, mientras que el principio, derecho o bien constitucional a cuya consecución se orienta el tratamiento diferenciado -la "afectación de la igualdad"- es el fin constitucional. Por esto, la ponderación en los casos de igualdad supone una *colisión* entre el principio-derecho igualdad y el fin constitucional del tratamiento diferenciado. Projectada la ley de ponderación al análisis de la intervención de la igualdad, la *ley de ponderación* sería enunciada en los siguientes términos: "Cuanto mayor es el grado de afectación -intervención- al principio de igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de optimización o realización del fin constitucional".

Se establece aquí una relación directamente proporcional según la cual: *cuanto mayor es la intensidad de la intervención o afectación de la igualdad, tanto mayor ha de ser el grado de realización u optimización del fin constitucional*. Si esta relación se cumple, entonces, la intervención en la igualdad habrá superado el examen de la ponderación y no será inconstitucional; por el contrario, en el supuesto de que la intensidad de la afectación en la igualdad sea mayor al grado de realización del fin constitucional, entonces, la intervención en la igualdad no estará justificada y será inconstitucional." Considerandos 37-41 de la sentencia recaída en el Exp. 00045-2004-PI/TC.

Instituto de Defensa Legal
Documento de trabajo N° 34
Lima, 1 de octubre de 2009

1. Un problema que se presenta con la medida propuesta es que, al definirse la elección entre unos cuantos (los decanos), resulta más factible para el poder político y los poderes fácticos, las posibilidades de control o interferencia en los votos; lo que es mucho menos factible cuando el voto es universal (se difumina) y secreto.
2. El modelo que se propone se asimila al de la elección de los representantes al CNM por parte de las universidades públicas y privadas. Lo que es nada alentador, pues en esta elección se presentaron numerosas y graves deficiencias. Es decir, se está imitando un modelo de elección que ya ha fallado, lo que significa que no hemos aprendido de lo ya sucedido, poniendo en peligro la elección de una de las autoridades más importantes para todo el sistema de justicia.

En efecto, en el año 2005, la elección llevada a cabo por la Asamblea Nacional de Rectores tuvo serias deficiencias que tergiversaron la lógica democrática y participativa de este proceso. Una de ellas, fue que en los hechos se consagraron unas elecciones de resultados previamente conocidos: suelen salir elegidos como consejeros quienes han ocupado cargos de autoridad en la propia Asamblea Nacional de Rectores, resultando una ficción el proceso de convocatoria y anulando la esencia participativa de las elecciones.

Además de ello, el proceso fue llevado con muy poco tiempo de anticipación, sin la transparencia debida y tiempo razonable de publicidad de candidaturas, propuestas, debate, etc. Tal fue la gravedad de esta elección, que la misma se suspendió a fin de subsanar, en el escaso tiempo que quedaba, los errores cometidos (sin éxito, por cierto).

3. Resulta extraño, por así decirlo, que el Poder Ejecutivo proponga este cambio normativo estando próximas las elecciones, y habiendo mostrado a lo largo de este tiempo poca iniciativa efectiva en materia de la reforma del sistema de justicia.
4. El sistema de "un decano, un voto" no es en sí una protección de las minorías (como antes ya hemos señalado), sino, la promoción de alianzas guiadas por intereses no públicos, cuando en sí debieran dirigirse todos los esfuerzos para una elección caracterizada por una adecuada y seria participación de todos(as) los(as) profesionales.

Conclusiones

Instituto de Defensa Legal
Documento de trabajo N° 34
Lima, 1 de octubre de 2009

1. El Proyecto de Ley del Poder Ejecutivo N° 3395/2009-PE, que propone que sean los decanos, y no los miembros de los colegios profesionales, quienes elijan directamente a sus representantes ante el CNM, es inconstitucional. Razones jurídicas como de oportunidad fundamentan esa conclusión.
2. Entre las razones jurídicas se encuentran el que no se vulnera, como señala el Proyecto de Ley, el principio-derecho a la igualdad. Esto, toda vez que este principio no exige tratar igual a diferentes situaciones de hecho.
3. Otro de los argumentos, es que se “restringe” inadecuadamente el derecho fundamental a la participación de los miembros de los colegios profesionales. Ello, atenta contra los principios de interpretación constitucional, de coherencia normativa, *pro personae*, entre otros.
4. Asimismo, la “restricción” del derecho a la participación no resiste el análisis del Test de Proporcionalidad.
5. Entre las razones prácticas, se encuentran: (i) la posibilidad de mayor injerencia política; (ii) construir un modelo de elección que ha fracasado en el pasado (tiene su símil en la elección de los rectores para los representantes de las universidades públicas y privadas); (iii) resulta extraño que estando próximas las elecciones, el Ejecutivo, que no ha tenido una participación eficiente en los procesos de reforma de la justicia, haya promovido este Proyecto de Ley; (iv) la propuesta con la fórmula “un decano, un voto” no resuelve el dilema de la participación de las minorías, lo que sí se logra con medidas que hagan transparente y participativo este proceso de elecciones.
6. Teniendo en cuenta lo que está en juego, Justicia Viva- IDL hace un llamado a los congresistas, los jueces, las juezas y fiscales, al CNM, al Consejo Nacional de Decanos de los Colegios Profesionales del Perú, a los Decanos de los Colegios con mayor cantidad de agremiados y a los profesionales mismos, para que expresen su preocupación y rechazo a este proyecto de ley que, basado en argumentos erróneos y falaces, amenaza con poner en jaque los siguientes cinco años de funciones del CNM.