

Instituto de Defensa Legal  
Documento de trabajo N° 35  
Lima, 15 de octubre de 2009

**INFORME JURÍDICO SOBRE LA SEPARACIÓN DE UNA PERSONA CON CEGUERA, DE UN  
PROCESO DE SELECCIÓN Y NOMBRAMIENTO DE MAGISTRADOS**

## Índice

1. Introducción
2. Descripción de los hechos del caso y acciones judiciales tomadas  
Los hechos  
Las razones del Consejo Nacional de la Magistratura  
El proceso de amparo  
El supuesto de hecho a ser analizado
3. Precisiones necesarias antes de evaluar el caso: Los prejuicios ante las personas con discapacidad
4. La forma como abordaremos el caso. Los derechos y conceptos jurídicos indispensables a tener en cuenta, y un adelanto de nuestra conclusión
5. La normatividad a tener en cuenta
6. El debate principal: El “Conflicto” de bienes jurídicos (constitucionales), entre el adecuado servicio de justicia y el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad y no discriminación. Análisis

Los derechos de las personas con discapacidad a la igualdad y no discriminación

¿La medida adoptada por el CNM, es inconstitucional? El Test de Igualdad

La solicitud del Sr. Béjar para que se le otorguen las facilidades a fin de rendir el examen escrito: los ajustes razonables y la carga desproporcionada o indebida

#### 6.1. Otros derechos comprometidos

6.1.1. Derecho de acceso a la función pública

6.1.2. Derecho al trabajo

6.1.3. Derecho al Proyecto de vida

#### 7. Las obligaciones del Estado

#### 8. El concurso de selección y nombramiento de la magistratura, y las personas con discapacidad: Algunas observaciones y propuestas

#### Conclusiones

### **1. Introducción**

El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM o Consejo) separó de la convocatoria 002-2009-CNM “Macro Región Sur” de selección de magistrados (jueces y fiscales), al Sr. Edwin Romel Béjar Rojas, postulante a una plaza de fiscal adjunto provincial (pool de fiscales) del Cusco. El CNM consideró que su ceguera bilateral permanente (de los dos ojos) le impide realizar las labores propias de dicha plaza, señalando que lo efectuado es una *distinción*, basada en causas razonables y objetivas (lo que está permitido) mas no una *discriminación*.

La decisión del Consejo ha ocasionado pronunciamientos y protestas de distintas instituciones que trabajan por la defensa de los derechos humanos, así como de asociaciones de personas con algún tipo de discapacidad. Estas instituciones, e incluso la Defensoría del Pueblo, han señalado que la separación del Consejo Nacional de la Magistratura ha sido discriminatoria, al vulnerar (además de nuestra Constitución) las convenciones internacionales de protección a los derechos humanos y, en específico, de las convenciones referidas a la protección de los derechos de las personas con discapacidad.

De esta manera, este caso pone en el debate público un tema que no suele trabajarse a fondo (el binomio magistratura y discapacidad), en relación al derecho de acceso a la

función pública de magistrado(a). Además de ello, se han hecho expresas las diversas dudas y posiciones sobre si una persona que no puede ver tiene derecho o no, o puede o no, realizar una función estatal como la de fiscal. Estas dudas y posiciones encontradas, a nuestro parecer, no son nada desdeñables, en tanto que nos permiten analizar ideas, estereotipos y problemas prácticos que suscita un caso como el del Sr. Béjar, a la vez que nos incita a observar lo que ha señalado la normatividad internacional. Así, surgen preguntas como: ¿Puede o no una persona con discapacidad, por ejemplo alguien que tiene ceguera bilateral, desempeñarse como fiscal cuando parte de esta función es realizar diversas diligencias que requerirían del sentido de la vista? ¿No se afectaría el servicio de justicia? Y de otro lado, ¿no tienen las personas con discapacidad iguales derechos que las demás?, ¿no tiene el Estado la obligación de promover las condiciones para que las personas con discapacidad gocen y ejerzan los derechos al trabajo, a un proyecto de vida, a la igualdad?, ¿qué pasó con la **inclusión**?

*Justicia Viva*, programa del Instituto de Defensa Legal dedicado a la mejora del sistema de justicia, ha preparado el presente informe en el cual no se pretende tomar desde un inicio postura alguna respecto de las posiciones anteriormente señaladas; sino mas bien, se hace el esfuerzo de analizar las preocupaciones prácticas y los razonamientos jurídicos que presenta cada una; para luego, ponderando ambas posiciones y teniendo en cuenta la normatividad vigente así como los principios de razonabilidad y proporcionalidad, arribar una conclusión (o conclusiones) ante la pregunta: ¿en el caso en concreto, el Consejo Nacional de la Magistratura discriminó o no?

## **2. Descripción de los hechos del caso y acciones judiciales tomadas**

### **Los hechos**

De acuerdo a lo que se ha conocido por los medios de comunicación, y en base a diversa documentación presentada por el Sr. Edwin Béjar (entre la que se encuentra opiniones de diversas instituciones de derechos humanos, así como documentos emitidos por el CNM donde se señalan los motivos de su decisión de separación), los principales hechos del caso son los siguientes.

La convocatoria 002-2009-CNM “Macro Región Sur” – Concurso público para cubrir plazas vacantes de Jueces Especializados y Mixtos, Jueces de Paz Letrados, Fiscales Adjuntos Superiores, Fiscales Provinciales y Fiscales Adjuntos Provinciales, fue publicada en la página web del CNM el 04 de mayo del 2009. El Sr. Béjar, así, realizó su inscripción como postulante a través de la página web del CNM, indicando que era una persona con discapacidad. Posteriormente, fue declarado “Apto” por el Consejo mediante sesión del Pleno de fecha 10 de julio; es decir, se cumplía (al menos en un primera revisión de parte del CNM) los requisitos formales que señala el Reglamento de Concursos para la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales (Resolución N° 138-2008-CNM), por lo que el Sr. Béjar continuó participando de la convocatoria.

En vísperas de la fecha del examen escrito de conocimientos (que es la primera etapa cancelatoria del proceso de selección, fijada para el 19 de julio), el Sr. Béjar solicitó al CNM mediante escrito de fecha 14 de julio que se le otorguen facilidades para poder dar el mismo, por motivos de su discapacidad (no podría leer el examen, por lo que necesitaría de alguien que le leyera las preguntas y quien le ayudara, por ejemplo, a marcar la respuesta que señalase). Y para ello, adjuntó su certificado de discapacidad.

Al día siguiente, y por teléfono, el CNM le comunica que no podría rendir el examen escrito por su discapacidad, por lo que había quedado excluido del concurso de selección. Así, el 16 de julio, el Sr. Béjar se dirigió a la Defensoría del Pueblo donde presentó una queja.

Sin tener un documento oficial del Consejo Nacional de la Magistratura que señalara que quedaba excluido de la convocatoria, y en consecuencia, sin tener la motivación adecuada del por qué de la exclusión, se dirige el 19 de julio a la Universidad Andina para rendir el examen escrito de conocimientos programado, el mismo que no le dejaron concretar, por lo que se levantó un Acta de Constatación de parte de la Defensoría del Pueblo.

### **Las razones del Consejo Nacional de la Magistratura**

El 20 de julio, “mediante carta de la Defensoría N° 1221-2009-ORDP/CUS. Del 20/07/2009 le adjuntan el Of. N° 34-2009-SG/CNM emitido por el Secretario del CNM” (relato de hechos de parte del Sr. Béjar), donde se señala que su solicitud de apoyo para rendir el examen de conocimientos escrito no procede, quedando excluido de la Convocatoria, por no cumplir con el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que indica lo siguiente:

“Artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.- Requisitos comunes para ser magistrado: (...)

5. No ser ciego, sordo o mudo, ni adolecer enfermedad mental o incapacidad física permanente que le impida ejercer el cargo con la diligencia necesaria (...)”

Posteriormente, en una entrevista realizada por la periodista Rosa María Palacios en *Radio Capital*, el Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura señaló con mayor amplitud las razones por las que fue separado el Sr. Béjar. Principalmente, indicó que en la plaza a la que estaba postulando (la de fiscal adjunto provincial – Pool de Fiscales), se desempeñaban funciones de apoyo al fiscal provincial penal de turno; es decir, diversas diligencias como el constituirse en la escena del delito, el levantamiento de cadáveres; por lo que el trabajo es más operativo y se requiere del sentido de la vista. Y que, en todo caso, no podría contarse con un asistente que le comentara por ejemplo cómo era la escena del crimen, pues ello significaría que éste estaría investido de la función jurisdiccional o fiscal.

### **El proceso de amparo**

Cabe mencionar que el caso ya se encuentra en la vía jurisdiccional. En efecto, el Sr. Béjar, al día siguiente de comunicársele por teléfono que quedaba excluido del concurso de selección, presentó en el Cusco una demanda de amparo (N° de Expediente 2009-01890-50-JR-CI) que tiene como pretensión principal el que se anule el Acuerdo del Pleno del Consejo del día 15 por el que se le separa del proceso de selección, restituyendo las cosas al estado anterior al momento de la vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación por motivo de discapacidad, y que se disponga que el CNM habilite fecha y hora para que rinda el examen escrito. El proceso de amparo se encuentra siendo tramitado por el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco.

Asimismo, ese mismo día solicitó una medida cautelar al juzgado, la que fue declarada infundada mediante Resolución N° 01 del 17 de julio (dos días antes del examen escrito), señalando principalmente que: el reglamento de concursos de selección y nombramiento del CNM señala como requisito para postular el de no adolecer de incapacidad física permanente que le impida ejercer la función; y que de la propia manifestación del recurrente el mismo “adolece del impedimento físico de la ceguera” haciendo su estado de discapacidad evidente por lo que no existe discriminación.

El CNM una vez notificado de la demanda de amparo, presentó:

- (i) una apelación del auto admisorio de la demanda (sosteniendo que las resoluciones del CNM son inapelables, e indicando jurisprudencia del Tribunal Constitucional que –supuestamente– sustenta la improcedencia de la demanda),
- (ii) una excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (señalando, por ejemplo, que no se recurrió ante el CNM para cuestionar la decisión),
- (iii) la contestación de la demanda (señalando, principalmente, que lo realizado no es una discriminación sino una distinción basada en motivos objetivos y razonables; así como que el CNM sí es respetuoso de las normas internacionales en base a las cuales, por ejemplo, otorga cierto puntaje en los procesos que lleva a cabo por motivo de discapacidad).

Actualmente, la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa ha sido declarada improcedente, por lo que el caso sigue su curso y se encuentra próximo a ser resuelto por el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior del Cusco.

Lo anterior es un resumen de los hechos acontecidos. Sobre ellos, puede hacerse diversas preguntas muy interesantes de trabajar. Por ejemplo:

1. ¿Se puede, a través de una llamada telefónica, dar cuenta de una restricción (legítima, en el mejor de los casos) de un derecho como el de igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, en su etapa de postulación?,

2. ¿Es posible motivar, adecuadamente y no de forma aparente, dicha separación sólo señalando y reproduciendo un artículo normativo?,
3. ¿Es posible exigir el “agotamiento de la vía previa” si es que se ha informado de la separación del concurso sólo con una llamada telefónica y no con una notificación formal, teniendo en cuenta que de esperarse dicha notificación era casi inminente la vulneración del derecho a la igualdad estando tan próxima la fecha del examen escrito?,
4. ¿Es posible sostener, luego del episodio inconstitucional ya superado de la no motivación de las ratificaciones del CNM, que las resoluciones del Consejo son irrevisables, sobretodo teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional ya ha señalado expresamente que en un Estado Constitucional de Derecho no existen zonas exentas del control constitucional?

Como puede verse, son muchas las interrogantes que surgen de la lectura de los hechos y de los argumentos que se han dado. Empero, en el presente análisis nos centraremos en el hecho concreto de la separación realizada por el CNM por motivo de discapacidad, para lo que definiremos concretamente el supuesto de hecho a ser analizado.

Pero antes, es preciso llamar la atención sobre dos aspectos que, creemos, no podemos dejar sin comentar, y de los que hemos dado cuenta a partir de la lectura de los escritos presentados por el Consejo Nacional de la Magistratura en el proceso de amparo. Son aspectos que no se han hecho visibles en el debate público debido a que éste ha priorizado el aspecto del caso que nosotros también priorizaremos (¿el CNM, discriminó o no?).

Primer aspecto: la extrañeza y gravedad de que, a pesar de estar largamente superado el debate de si las resoluciones del CNM son revisables o no en un Estado Constitucional de Derecho, la defensa del CNM haya insistido en ello, señalando que de la Constitución y de la Ley Orgánica del CNM se desprende que son irrevisables. No pretendemos ahondar en este punto, pero como sabemos, la jurisdicción constitucional propia de todo Estado Constitucional de Derecho tiene como función examinar todos los actos estatales y de particulares que puedan vulnerar los derechos fundamentales. La lectura de la Constitución como un todo orgánico (principio de interpretación constitucional denominado Unidad de la Constitución), así como el principio de Coherencia Normativa, más los que caracterizan a las Constituciones de los Estado de Derecho que se precien de serlo, ya han hecho expreso que no existen zonas exentas de control constitucional; lo que además ha sido señalado por el Tribunal Constitucional desde hace mucho tiempo en nuestro país. Por ello, es que extraña que la defensa del CNM sostenga este argumento.

El segundo aspecto del que no podemos dejar de pronunciarnos, es que el CNM haya hecho referencia como fundamento de lo sostenido, a diversas sentencias del Tribunal Constitucional que no tienen relación con el caso en concreto, pues el supuesto de hecho de las mismas no cuentan con los aspectos esenciales del supuesto de hecho en debate.

Ésta es una mala práctica: la de tener en cuenta la disposición “normativa” que señala el Tribunal en una sentencia sin percatarse del caso en concreto al que se refiere, llegándose a la incoherencia de hacer valer lo dicho en un caso para otro que no es semejante; configurando un error de argumentación y de análisis de la línea jurisprudencial, errores que por cierto ya ha dado cuenta la doctrina. En el caso colombiano, una obra que hace hincapié en ello es *“El Derecho de los Jueces”, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, del Dr. Diego Eduardo López de Medina<sup>1</sup>. Los jueces, juezas y fiscales, al momento de evaluar la posición presentada por el CNM en este caso (y en cualquier caso), han de tener mucho cuidado con este tipo de argumentos que parecieran ser lógicos a primera vista, pero que en realidad no lo son.

### **El supuesto de hecho a ser analizado**

Dicho lo anterior, a continuación, delimitaremos el supuesto de hecho que será objeto de nuestro análisis (lo pondremos en clave “neutral”<sup>2</sup>), para saber si es que la separación realizada por el Consejo Nacional de la Magistratura en el caso del Sr. Béjar es o no un acto de discriminación. Así, nuestro supuesto de hecho a evaluar es:

- Un postulante varón,
- que tiene ceguera bilateral permanente (es decir, de los dos ojos),
- y que es separado por esta causa (debido a que “así lo dice la ley”, o debido a que así lo interpretó el CNM),
- de un concurso de selección para ser fiscal adjunto provincial (Pool de Fiscales) (es decir, que postulaba a una función pública),
- porque de acuerdo al órgano encargado del concurso, está imposibilitado para realizar dicha función,
  
- ¿es víctima de discriminación?

Cada una de las precisiones hechas, como veremos más adelante, tiene particular relevancia para que podamos llegar a conclusiones tanto en el caso en concreto como en los casos “en general”. Es decir, nos ayudará a diferenciar, por ejemplo, si es que hay una misma respuesta para cualquier caso de discapacidad, o si esa respuesta depende del tipo de discapacidad que se presente en cada caso concreto (por eso, hacemos la precisión de que la discapacidad en nuestro supuesto de hecho bajo análisis es la ceguera bilateral

---

<sup>1</sup> LÓPEZ DE MEDINA, Diego Eduardo. *El Derecho de los Jueces, Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Universidad de Los Andes. Legis Editores, Segunda Edición 2006, segunda reimpresión, 2006.

<sup>2</sup> Indicamos la palabra “neutral” entre comillas porque, como sabemos, los supuestos de hecho que involucran a personas no pueden ser realmente neutrales, teniendo en cuenta que existen diversos factores estructurales e históricos que, dependiendo de si hablamos de un hombre o de una mujer (por ejemplo), pueden significar una doble victimización en la realidad.

permanente). Asimismo, las precisiones hechas, en las que tenemos en cuenta las justificaciones dadas por el Consejo Nacional de la Magistratura, nos ayudarán a examinar si las mismas son suficientes (y, en consecuencia, ajustadas a derecho de acuerdo al criterio de razonabilidad y proporcionalidad) y si motivan adecuadamente la decisión tomada.

### 3. Precisiones necesarias antes de evaluar el caso: Los prejuicios ante las personas con discapacidad

Nosotros, respecto del caso, tenemos varias cosas previas que decir, llamar la atención y reflexionar.

¿Puede una persona que no puede ver, ser fiscal? La pregunta puede hacerse no sólo en relación a la función de fiscal, sino sobre cualquier otra función o actividad. La primera impresión que se tiene es la dificultad que tendrían las personas con discapacidad para llevar una vida “normal”; y donde la primera respuesta suele ser, como la del CNM, el “no se puede”, “lo hará mal”, “hay otros bienes jurídicos que proteger” y finalmente el “no puede entrar”. Si realmente nos damos cuenta, son nuestros esquemas mentales tradicionales e ideas preconcebidas (que no hemos ahondado más a fondo en el debate que suelen suscitar las personas con discapacidad), las que nos hacen optar por la imposibilidad y no por las oportunidades, e incluso nos hace obviar la obligación jurídica que tiene el Estado de proteger y garantizar los derechos de las personas con discapacidad.

Por ello, aquí de lo que se debe hablar es de *Inclusión*. Y de uno de los grupos que, por lo ya señalado, son una de las minorías más discriminadas por situaciones de “discapacidad” que no pueden ser calificadas, a primera impresión y sin desarrollar un razonamiento más elaborado teniendo en cuenta todos los derechos que están en juego, como una “causa objetiva” para la diferenciación que **excluye**<sup>3</sup> (hay otra diferenciación que incluye y que sí es está permitida, denominada “discriminación positiva”), porque (además de no resistir el Test de Igualdad, como veremos más adelante) es un motivo prohibido, así como lo es diferenciar por razón de sexo, raza, idioma, religión o cualquier otra que haga referencia a las personas y no a la diferencia de las cosas; y son motivos prohibidos porque diferenciar en base a ellos es atentar directamente contra la dignidad de las personas.

---

<sup>3</sup> Por ello, es que la Convención ONU de los derechos de las personas con discapacidad, que entró en vigencia en mayo del 2008 y de la que el Perú forma parte, señala que:

“Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá **cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad** que tenga el propósito o el **efecto de obstaculizar** o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o **ejercicio, en igualdad de condiciones**, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, **la denegación de ajustes razonables.**” (Artículo 2 de la Convención ONU).

Por ello, en los últimos años se ha emitido diversa normatividad, no para excluir a las personas con discapacidad de diversos ámbitos de vida social, sino para incluirlas, teniendo en cuenta que su situación de discapacidad forma parte de la diversidad humana. El Perú tiene normas específicas al respecto (por ejemplo, la Ley N° 27050 y su modificatoria, la Ley N° 28164; y a nivel internacional, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contras las personas con discapacidad), así como general (la Constitución de 1993 y la Convención Americana de Derechos Humanos) donde se declara que los derechos humanos (a la vida, a la educación, a la salud, a la participación, al trabajo, al acceso a la función pública, etc.) deben ser garantizados a todos y todas por igual, sin discriminación (en la ley –es decir, cuando el Parlamento la formula– y ante la ley –es decir, cuando es aplicada por las autoridades administrativas y judiciales–).

Empero, y sin aminorar la importancia de la normatividad señalada, es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas que ha entrado en vigencia el 3 de mayo del 2008 y de la que el Perú es parte, el instrumento normativo que ha aportado de forma más clara a los derechos de las personas con discapacidad y sobre lo que los Estados deben hacer a fin de cumplir con sus obligaciones internacionales (y humanas) de respetar, prevenir y proteger el goce y ejercicio de estos derechos. Como primer punto relevante de la misma, está la declaración de que estos no son nuevos u otros de los ya existentes, sino, los mismos; y que no obstante, esta Convención es necesaria justamente para declarar y hacer evidente que las personas con discapacidad tienen esos mismos derechos que por causas históricas, estructurales, esquemas mentales y prejuicios sociales, le han sido negados<sup>4</sup>. Entre esos derechos, está, por ejemplo (y en relación al caso del Sr. Béjar) el acceso al trabajo y a la función pública como parte integrante del derecho a la participación en los asuntos de la sociedad. Estos derechos, se entroncan con uno que, además, es un principio institucional del Estado de Derecho: el principio-derecho a la Igualdad.

Y como segundo punto principal de esta Convención de la ONU, está la reiterada explicitación de la obligación y responsabilidad del Estado (de toda la estructura del

---

<sup>4</sup> En “*De la exclusión a la confianza*” *Manual para parlamentarios (N° 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Naciones Unidas, Naciones Unidas – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Unión Interparlamentaria. Ginebra, 2007; se señala expresamente que:

“La decisión de añadir un instrumento universal de derechos humanos específico para las personas con discapacidad tuvo su origen en el hecho de que, a pesar que teóricamente pueden acogerse a todos los derechos humanos, a las personas con discapacidad se les siguen negando en la práctica los derechos básicos y libertades fundamentales que la mayor parte de la gente da por sentados. En el fondo, la Convención garantiza que las personas con discapacidad disfruten de los mismos derechos que todos los demás y puedan llevar una vida como ciudadanos de pleno derecho que les permita contribuir valiosamente a la sociedad si se les conceden las mismas oportunidades que a los demás.” Página 4-5. El subrayado es nuestro.

Estado, de la que forma parte el Consejo Nacional de la Magistratura) de tomar todas las medidas necesarias para hacer realidad la inclusión. Aquí, la Convención refiere el concepto de los “ajustes razonables” como: “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (artículo 2). Como se puede observar, de acuerdo a esta disposición de la Convención, el CNM, en lugar de separar de plano al Sr. Béjar del concurso acotando que no puede ver y que ello le imposibilita realizar los encargos de la función de la plaza a la que postulaba, **debió hacer los llamados “ajustes razonables”** y no caer en un acto de discriminación por motivos de discapacidad, el mismo que la Convención conceptualiza claramente como: “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (artículo 2). Más claro, ni el agua. Y por ello, es que ha resultado absolutamente incomprensible que, al menos, luego de expuestos estos motivos de parte de diversas instituciones de la sociedad civil e incluso de la propia Defensoría del Pueblo, el Consejo insista en una actitud que, a la luz de nuestra Constitución y las diversas convenciones sobre derechos humanos, es discriminatoria. Una actitud que, por cierto, recuerda el caso de los magistrados no ratificados en vulneración del derecho a la debida motivación, donde el CNM se negó a motivar por mucho tiempo estas resoluciones y donde sólo cambió de parecer cuando se realizó un cambio normativo (la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional). Se espera, por el bien de la institución en el cumplimiento de su deber, y la defensa de los derechos humanos de un grupo históricamente discriminado, que su cambio de actitud no se realice luego de alguna resolución judicial que ampare el derecho del Sr. Béjar.

Teniendo presente lo anteriormente dicho, sobre la histórica discriminación de las personas con discapacidad, la necesidad de la inclusión, la dignidad de las personas, los estereotipos y prejuicios sociales en relación a las personas que tienen alguna discapacidad, la igualdad, el concepto de “discriminación por motivos de discapacidad”, la necesidad de hacer los ajustes razonables, las disposiciones de la Constitución y las diversas convenciones de derechos humanos (a las que debe ceñirse la interpretación de cualquier ley o reglamento, como la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Reglamento de Concursos de Selección y Nombramiento del CNM), y la obligación del Estado de hacer lo necesario para garantizar el goce y ejercicio de los derechos; es que cabe nuevamente preguntarse: ¿será posible, entonces, que sabiendo lo que ahora se sabe, el Sr. Béjar haya sido separado del concurso, incluso antes de dar el examen escrito –la primera evaluación–, aduciendo que su ceguera no lo hace idóneo para ejercer la función del fiscal en la que, sobre todo, se realizan diligencias como inspecciones oculares, participación en operativos, etc.?

#### **4. La forma como abordaremos el caso. Los derechos y conceptos jurídicos indispensables a tener en cuenta, y un adelanto de nuestra conclusión**

Es imprescindible, para resolver un caso de derechos humanos como el descrito, prestar atención no sólo a la ley (el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que aduce el CNM como justificación de su actuación) o el reglamento de selección y nombramiento de jueces y fiscales; sino también (y sobre todo), a las diversas disposiciones de la Constitución y de las Convenciones internacionales relacionadas al caso, y no sólo a algunas, sino su integridad (algo que, por lo visto, el Consejo Nacional de la Magistratura no toma en cuenta, refiriéndose sólo a las disposiciones y conceptos jurídicos que abonan a su posición, incurriendo así su razonamiento en vicios de racionalidad al no tomar debidamente en cuenta todas las fuentes del derecho y las normas de interpretación). Por ello, se tendrá en cuenta la diversa normatividad pertinente (bienes jurídicos y principios involucrados), así como los principios de interpretación constitucional y de derechos humanos.

De otro lado, se tendrá como trasfondo del razonamiento expuesto los conceptos y derechos como la **racionalidad**, la **razonabilidad**, la **debida motivación**, la **arbitrariedad** y la inclusión, a fin de evaluar la argumentación sostenida por el CNM para justificar su actuación.

Para analizar, concretamente, la constitucionalidad de la separación del CNM, realizaremos **una ponderación constitucional** entre los derechos y bienes constitucionales que están, principalmente, en juego: el recibir un adecuado servicio del sistema de justicia, y el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad; a fin de saber si la medida adoptada para proteger al primero de ellos y que restringe al segundo (la medida de no permitir que una persona que no puede ver concurse para ser fiscal provincial adjunto del Pool de Fiscales) es constitucional.

Ello, nos llevará a realizar el **Test de Proporcionalidad**, para analizar si la protección que se otorga a un derecho frente a otro es o no desmedida y, en consecuencia, inconstitucional. Pero, al ser el caso uno que involucra al principio-derecho de igualdad, se realizará ese test acomodado a aquél (el llamado **Test de Igualdad**, donde la particularidad está que, además de analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida con la que se restringe un derecho y se procura proteger a otro, se analiza particularmente las razones de la medida de diferenciación adoptada).

En este análisis, también reflexionaremos sobre el principal argumento que sostiene el Consejo Nacional de la Magistratura: el que, concretamente en la práctica, una persona invidente no puede hacer lo que el cargo al que postulaba requiere.

Realizando al Test de Igualdad, también daremos cuenta que la “diferenciación” con la que el CNM trata de proteger el bien jurídico de un adecuado servicio del sistema de justicia, se funda en una situación que si bien es objetiva, es un “motivo prohibido” que llega a obstaculizar el ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos: la discapacidad. La discapacidad, como hemos indicado, no puede ser la razón para ejercer un trato diferente que excluya (de la forma como hace el Consejo) y a la vez afectar el ejercicio de los derechos, porque se vulnera así la dignidad de la persona con discapacidad. Por ello, y de acuerdo con la Convención ONU, la “diferenciación” basada en este motivo para excluir, es en realidad discriminación. Recordemos lo que señala esta Convención sobre lo que es la discriminación por discapacidad:

“Por “**discriminación por motivos de discapacidad**” se entenderá **cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad** que tenga el propósito o el **efecto de obstaculizar** o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o **ejercicio**, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, **la denegación de ajustes razonables.**” (Artículo 2 de la Convención ONU).

Por ello, es que el análisis de si cabe diferenciación o no a través de una medida que sea idónea, necesaria y proporcional (las tres sub-evaluaciones del test de proporcionalidad) será para ubicar, a la vez, el necesario “ajuste razonable” que se debe hacer para que la persona con discapacidad se integre al ámbito de la función pública (por ejemplo y para nuestro caso en concreto, la función fiscal). Ello es para que se integre, no para que quede excluida, en una función a la que, tal como dice la Convención ONU el “ajuste razonable que se deba realizar **“no imponga una carga desproporcionada o indebida”**. Ése es el razonamiento.

¿Se impone una carga desproporcionada al Estado, o a la función fiscal, para que una persona que no puede ver esté incluida en este ámbito, en defensa de su derecho de iguales oportunidades en el acceso a la función pública? ¿Cómo se pueden resolver adecuadamente estas necesidades? La práctica, los adelantos tecnológicos y las recomendaciones de la propia Organización de las Naciones Unidas<sup>5</sup> nos dan ejemplos de cómo efectivizar esta inclusión.

Como podemos observar, el conjunto de los bienes jurídicos, principios, interpretación y normatividad que debemos tener en cuenta nos dan luces de que la respuesta al caso no es tan sencilla o evidente como parece creer el Consejo. En efecto, el razonamiento que argumenta (“el candidato no puede ver, entonces, no puede realizar tales actividades,

---

<sup>5</sup> “De la exclusión a la confianza” *Manual para parlamentarios (Nº 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Naciones Unidas, Naciones Unidas – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Unión Interparlamentaria. Ginebra, 2007.

entonces, no puede ser fiscal”) no tiene en cuenta que de lo que aquí se trata no sólo es del adecuado servicio del sistema de justicia (que también es un bien constitucional digno de proteger), sino que además, de lo que se habla es de otros derechos fundamentales como el de igualdad ante la ley, igualdad de oportunidades, no exclusión, respeto a la dignidad.

El simplemente dar constancia de una discapacidad y concluir en la separación, sin más ni más, es **un razonamiento que se queda corto ante todos los derechos constitucionales que se encuentran en juego**, que deja de lado el íntegro de las convenciones que debe tener en cuenta. Es decir, no sigue la totalidad de las fuentes del Derecho y transgrede los principios de interpretación constitucional y convencional (véase, por ejemplo, el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos) que indican que: las normas no deben leerse por separado sino en su totalidad, o que el principio *pro personae* exige que se opte por la salida o la interpretación que favorezca al mejor goce de los derechos humanos, etc. Por ello, el CNM, incurre en un razonamiento que al pecar en un inicio de “simpleza”, termina transgrediendo la interpretación constitucional y las fuentes del derecho, haciendo de su justificación, una que cae en lo irracional y aparentemente motivada; tornándola en arbitraria y además discriminatoria por motivo de discapacidad.

## 5. La normatividad a tener en cuenta

Como hemos señalado, para resolver el caso se debe tener en cuenta todas las disposiciones de la normatividad pertinente, nacional e internacional (sobre todo tratándose de un caso sobre derechos humanos). Además, *la interpretación* que se realice para resolver el caso debe también integrar todas estas disposiciones. Teniendo presente nuestro supuesto de hecho que es base de nuestro análisis, ubicaremos qué normatividad es la pertinente.

- Un postulante varón,
- que tiene ceguera bilateral permanente (es decir, de los dos ojos),
- y que es separado por esta causa (debido a que “así lo dice la ley”, o debido a que así lo interpretó el CNM),
- de un concurso de selección para ser fiscal adjunto provincial (Pool de Fiscales) (es decir, que postulaba a una función pública),
- porque de acuerdo al órgano encargado del concurso, está imposibilitado para realizar dicha función,
  
- ¿es víctima de discriminación?

Entonces, según los hechos del caso, la normatividad a evaluar y sus principales disposiciones es la siguiente:

Normatividad	Principales disposiciones
<p><b>Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU)</b>                      (en vigencia desde el 3 de mayo del 2008)</p>	<p><b>Supranacional</b></p> <p>Conceptos de (artículos 1 y 2)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Personas con discapacidad</li> <li>- <b>Discriminación por motivos de discapacidad</b></li> <li>- <b>Ajustes Razonables</b></li> </ul> <p>Principios generales (art. 3)</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <b>Respeto de la dignidad inherente</b></li> <li>- <b>No discriminación</b></li> <li>- Respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y diversidad humanas</li> <li>- <b>Igualdad de oportunidades</b></li> <li>- Accesibilidad</li> <li>- Igualdad entre el hombre y la mujer</li> </ul> <p><b>Obligación del Estado</b> de asegurar y promover el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad (art. 4)</p> <p><b>Derecho al trabajo: en igualdad de condiciones</b>, un trabajo <b>libremente elegido</b>, un entorno laboral abierto e inclusivo, <b>emplear a personas con discapacidad en el sector público</b> (art. 27)</p>
<p><b>Declaración Universal de Derechos Humanos</b>                      (1948)</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y obligaciones (art. 1)</li> <li>- <b>“Motivos prohibidos” de distinción (raza, sexo, idioma, cualquier otra índole)</b> (art. 2)</li> <li>- <b>Igualdad ante la ley</b> (art. 7)</li> <li>- <b>Acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país</b> (art. 21)</li> <li>- Derecho al trabajo, libertad de escogerlo (art. 23)</li> <li>- Nada en esta Declaración podrá ser interpretado con fines de supresión de cualquiera de los derechos de los declarados (art. 30)</li> </ul>
<p><b>Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad</b></p>	<p>Conceptos de (art. 1):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- “Discapacidad”</li> <li>- “No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con</li> </ul>

<p>(en vigencia desde el 14 de septiembre del 2001)</p>	<p>discapacidad, <b>siempre que la distinción o preferencia no limite en sí misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad</b> y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia.”</p>
<p><b>Convención Americana de Derechos Humanos</b></p>	<p>Obligaciones generales de respetar y garantizar de los Estados, sin discriminación basada en los “motivos prohibidos” (art. 1)</p> <p><b>Deber de adoptar disposiciones de orden interno</b> (art. 2)</p> <p>Derecho de tener acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas de su país (art. 23)</p> <p>Igualdad ante la ley (art. 24)</p> <p>Normas de interpretación (art. 29)</p> <p>Las restricciones permitidas, de acuerdo a esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas (art. 30)</p>
<p><b>Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre</b> (1948)</p>	<p>Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos (preámbulo)</p> <p>Igualdad ante la ley, sin distinción en los “motivos prohibidos” (art. II)</p>
<p><b>Convenio sobre la readaptación profesional y el empleo</b>, C159 OIT. Recomendación 168 de 1983</p>	<p>Promover que se obtenga un empleo y se desarrolle en él. Integración (art. 1)</p> <p><b>Igualdad de oportunidades. Medidas positivas especiales para lograr la igualdad no son discriminatorias</b> (art. 4)</p>
<p><b>Nacional</b></p>	
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- El <b>respeto de la persona humana y la defensa de su dignidad</b> son el fin supremo de la sociedad (art. 1)</li> <li>- <b>Igualdad ante la ley</b>, no distinción por “motivos prohibidos” (art. 2, 2)</li> <li>- “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.” (art. 23)</li> </ul>

<p><b>Constitución Política del Perú de 1993</b></p>	<ul style="list-style-type: none"><li>- En la relación laboral se respetan los siguientes principios: Igualdad de oportunidades sin discriminación. (art. 26)</li><li>- Deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (art. 44)</li><li>- Supremacía de la Constitución (art. 51)</li><li>- “Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas” (art. 103)</li><li>- Consejo Nacional de la Magistratura y funciones (art. 150 y 154)</li><li>- Ministerio Público y funciones (art. 158 y 159). Entre se encuentra:<ol style="list-style-type: none"><li>1. Promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho.</li><li>2. Velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales y por la recta administración de justicia.</li><li>3. Representar en los procesos judiciales a la sociedad.</li><li>4. Conducir desde su inicio la investigación del delito. Con tal propósito, la Policía Nacional está obligada a cumplir los mandatos del Ministerio Público en el ámbito de su función.</li><li>5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.</li><li>6. Emitir dictamen previo a las resoluciones judiciales en los casos que la ley contempla.</li><li>7. Ejercer iniciativa en la formación de las leyes; y dar cuenta al Congreso, o al Presidente de la República, de los vacíos o defectos de la legislación.</li></ol></li><li>- <b>“Las normas relativas a los derechos humanos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú” (IV Disposición Final y Transitoria)</b></li></ul>
	<p>Derechos en la legislación laboral: <b>“Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad.”</b> (Art. 31,</p>

<p><b>Ley General de las Personas con discapacidad</b>                  Ley N° 27050</p>	<p>2)</p> <p><u>“En los concursos para la contratación de personal del sector público, las personas con discapacidad tendrán una bonificación de 15 (quince) puntos en el concurso de méritos para cubrir la vacante.”</u> (Art. 36)</p> <p><u>“La Defensoría del Pueblo asignará un Defensor Adjunto Especializado en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad. Las acciones que ejecute sobre el particular formarán parte del informe anual que presente al Congreso de la República.”</u> (Art. 50)</p>
<p><b>Ley que modifica diversos artículos de la Ley N° 27050</b>                  Ley N° 28164</p>	<p>En los concursos públicos de méritos en la Administración Pública, las personas con discapacidad que cumplan con los requisitos para el cargo y hayan obtenido un puntaje aprobatorio obtendrán una bonificación del quince por ciento (15%) del puntaje final obtenido». (Art. 36)</p>
<p><b>Ley Orgánica del Ministerio Público,</b>                  Decreto Legislativo N° 052 (1981)</p>	<p><b>“Artículo 41.-</b> Para ser Fiscal Provincial se requiere, además de <u>ser peruano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y gozar de conducta intachable, tener no menos de 28 años de edad</u> y haber sido Adjunto al Fiscal Provincial o Juez de Paz letrado, Relator o Secretario de Corte durante 4 años o abogado en ejercicio o desempeñando cátedra universitaria en disciplina jurídica por no menos de 5 años.”</p> <p><b>“Artículo 45.-</b> Los Fiscales Adjuntos deben reunir los mismos requisitos exigidos a los titulares de su rango.”</p>
<p><b>Reglamento de Organización y Funciones del Pool de Fiscales del Distrito Judicial de Lima</b>                  Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1202-2009-MP-FN (septiembre del 2009)</p>	<p>Funciones de los Fiscales Adjuntos Provinciales designados al Pool de Fiscales de Lima, donde se detallan las funciones de los fiscales asignados a:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- el Despacho de la Fiscalía provincial en lo Penal de Turno,</li> <li>- las dependencias policiales,</li> <li>- la División de Exámenes Tanatológicos del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público,</li> <li>- el Despacho de las Fiscalías Provinciales de Familia</li> </ul>
<p><b>Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial</b></p>	<p><b>“Artículo 177</b> (actualmente derogado por la Ley de Carrera Judicial).-                  Son requisitos comunes para ser Magistrado:                  (...)</p>

<p>Decreto Supremos N° 017-93-JUS (1993)</p>	<p><u>5.- No ser ciego, sordo o mudo, ni adolecer de enfermedad mental o incapacidad física permanente, que le impida ejercer el cargo con la diligencia necesaria;</u>                  (...)                  10.- No tener ninguna de las otras incompatibilidades señaladas por ley.”</p>
<p><b>Ley de la Carrera Judicial</b>                  Ley N° 29277 (2009)</p>	<p>“<b>Art. 4 inciso 6.-</b> Requisitos generales para acceder y permanecer en la carrera judicial                  Son requisitos generales para el ingreso y la permanencia en la carrera judicial:                  (...)                  6. <u>No presentar discapacidad mental, física o sensorial debidamente acreditada que lo imposibilite para cumplir sus funciones. (...)</u>”</p>
<p><b>Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura</b>                  Ley N° 26397                  (1994)</p>	<p>“<b>Artículo 22.-</b> El nombramiento de Jueces y Fiscales se sujeta a las siguientes normas: (...)                  "d) Terminada la calificación de la documentación presentada, el Consejo publica la nómina de los postulantes que considere aptos para ser evaluados, a efectos de que se puedan formular tachas, acompañadas de prueba instrumental.”</p> <p>“<b>Artículo 25.-</b> El examen escrito versa sobre las disciplinas jurídicas previstas en el balotario que aprueba el Consejo y sobre los casos prácticos que éste pudiere plantear a los postulantes de acuerdo a la especialidad del cargo al que se postula.”</p>
<p><b>Reglamento del CNM de concursos para la selección y nombramiento de jueces y fiscales</b>                  Resolución N° 138-2008-CNM</p>	<p>“<b>Artículo 6.-</b> Los requisitos establecidos en las Leyes Orgánicas del PJ y MP para ser nombrado Magistrado, así como los previstos en el artículo 7° del presente Reglamento, deben estar efectivamente cumplidos al término del período de las inscripciones.”</p>

Como podemos observar, la normatividad supranacional y la constitucional, ponen especial incidencia en el derecho a la igualdad y la prohibición de distinción excluyente basada en alguno de los llamados “motivos prohibidos”, como la raza, el sexo, la opinión, la religión, etc.; entre los que se encuentra la discapacidad, de acuerdo a las convenciones americanas y universal sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Sobre el particular, cabe señalar específicamente el **interesante aporte que hace la Convención de la ONU, en relación a lo que se debe entender como “persona con discapacidad”**, pues el concepto no gira alrededor de la persona en sí como se suele

entender, sino que, lo relaciona con **el efecto que produce sobre ella el medio ambiente que no se encuentra adaptado** para que pueda ejercer sus derechos:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.” (Artículo 1) El subrayado es nuestro.

Asimismo, otro derecho que los diversos instrumentos sobre derechos humanos hace referencia, es el acceso a la carrera pública en condiciones de igualdad, carrera pública en la que se encuentra la función fiscal que tiene, como un punto a evaluar, si es que la persona con discapacidad puede o no desempeñarse adecuadamente en la función.

Sobre ello, cabe precisar que se ha señalado que mientras el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) habría permitido que las personas ciegas no ingresaran a la función de la magistratura, la nueva Ley de Carrera del Poder Judicial ha derogado tal disposición legal, señalando una nueva disposición que exige una evaluación antes de decidir si la persona con discapacidad puede o no ejercer adecuadamente la función (evaluación que por cierto, en el caso del Sr. Béjar, no se dio). Particularmente, somos de la opinión que el debate de si la norma que rige el supuesto del caso es el artículo 177 de la LOPJ o el artículo 4 de la nueva Ley de Carrera Judicial (que, por analogía, es igualmente aplicable para el caso de los fiscales), no resuelve el caso, toda vez que ambos (o, en todo caso, el art. 177 de la LOPJ) deben ser interpretados de acuerdo a los principios de igualdad y no discriminación de nuestra Constitución y de las convenciones internacionales generales y particulares sobre el derecho de las personas con discapacidad.

Así, de acuerdo a diversos principios de la interpretación constitucional (**supremacía de la Constitución, principio *pro personae*<sup>6</sup>, presunción de constitucionalidad de las normas<sup>7</sup>**) y, en especial, de los derechos humanos, se concluirá que ambas normas se han de interpretar de acuerdo a lo que señalan las normas constitucionales y convencionales

---

<sup>6</sup> “(...) **principio *pro homine***, según el cual, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo legal, se debe optar por el que conduzcan a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio (...)”. Sentencia del Tribunal Constitucional, del 29 de enero del 2003, Exp. N° 0795-2002-AA/TC. En: RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda reimpresión, julio del 2006, página 369.

<sup>7</sup> **Principio relacionado al principio *in dubio pro legislatore***: “El Tribunal ha mencionado pocas veces este principio para afirmar que, en caso de duda sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma jurídica, o a su turno sobre la legalidad de normas de tercer e inferior rango, se preferirá la validez de la norma a su invalidez. Tiene que ver con el principio de presunción de constitucionalidad de la norma legislativa y con el principio de inconstitucionalidad como última ratio (...)”. RUBIO CORREA, Marcial, *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*, Pontificia Universidad Católica del Perú, segunda reimpresión, julio del 2006, página 350.

(recordemos, además, que la obligación de que tanto los órganos constitucionalmente autónomos (como el CNM) como el Poder Judicial –e incluso el Tribunal Constitucional– se ajusten en su interpretación a lo que señala el derecho convencional –de las convenciones de derechos humanos, siempre y cuando signifiquen una mejor protección de los estos derechos– está expreso en el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>8</sup>, además de haberlo indicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al desarrollar el concepto de “control de convencionalidad” por el que los operadores del Estado están obligados a procurar el efecto útil de la Convención –valga decir, su aplicación–).

Estas consideraciones que se derivan de la normatividad existente, se deberán tener en cuenta también al momento de realizar el análisis de ponderación a través del Test de Igualdad, a fin de ubicar los derechos que son necesarios considerar y proteger al momento de analizar la constitucionalidad o convencionalidad de la medida adoptada por el CNM (separar a una persona que no puede ver) a fin de proteger otro derecho también digno de protección constitucional: el adecuado servicio del sistema de justicia.

6. El debate principal: **El “Conflicto” de bienes jurídicos (constitucionales), entre el adecuado servicio de justicia y el derecho de las personas con discapacidad a la igualdad y no discriminación. Análisis**

El supuesto de hecho bajo análisis, como señalamos a continuación, involucra diversos derechos (enfoque de derechos):

<b>Derecho a un adecuado servicio de justicia</b>	<b>Derecho a la igualdad y no discriminación de personas con discapacidad</b>
Debido proceso	Acceso a la Función pública
	Proyecto de Vida
	Trabajo
	Inclusión

<sup>8</sup> “Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos.-

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Pares o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” El subrayado es nuestro.

Teniendo en cuenta lo anterior podemos decir que, del supuesto de hecho planteado a raíz del caso concreto, existen principalmente **dos bienes jurídicos constitucionales involucrados**: el derecho a recibir un **adecuado servicio de justicia**, y el derecho a la **igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad**. Este segundo bien jurídico constitucional (y derecho fundamental), de resultar vulnerado, traería como consecuencia la trasgresión de otros derechos como el de acceso a la función pública, al proyecto de vida, al trabajo, a la inclusión.

### **Los derechos de las personas con discapacidad a la igualdad y no discriminación**

El derecho a la igualdad, como ha señalado el Tribunal Constitucional, es un bien jurídico de primerísima importancia, pues además de ser un derecho subjetivo es a la vez un principio:

#### **“El derecho a la igualdad**

4. Este Tribunal, en reiteradas ejecutorias (Exp. N.º 0261-2003-AA/TC, Exp. N.º 010-2002-AI/TC, Exps. Acumulados N.ºs 0001/0003-2003-AI/TC) ha definido la orientación jurisprudencial en el tratamiento del derecho a la igualdad. Al respecto, se ha expuesto que la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.” (Sentencia recaída en el expediente N.º 3533-2003-AA/TC) (El subrayado es nuestro)

El mismo, como hemos podido observar de la normatividad supranacional, es una de las grandes bases del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional, fundada en **la dignidad** de la persona humana, por la que no se puede hacer distinciones, para excluir, en base a alguno de los motivos llamados “prohibidos”: sexo, raza, idioma, religión, situación económica, en los que sin duda se encuentra el de discapacidad tal como ha referido la Convención de las Naciones Unidas, adoptada en diciembre del 2006 y puesta en vigencia en mayo del 2008.

Este principio-derecho tiene dos contenidos: igualdad en la ley e igualdad ante la ley. El primero está relacionada a que, en los supuestos de hecho normativos, no se puede configurar una diferencia de trato en razón a las causas antes mencionadas con el fin de excluir (representa así, una limitación constitucional a la función de legislar de los Parlamentos). La segunda acepción está relacionada al momento en que se realiza la aplicación de la norma en un caso en concreto: no puede ser aplicada de forma diferente,

en base a alguna de las razones o causas prohibidas señaladas líneas arriba (es, pues, una limitación constitucional al ejercicio de la función jurisdiccional, por ejemplo).

Y para el caso de los derechos de las personas con discapacidad, este principio-derecho reviste una importancia aún más relevante, tratándose de un grupo que históricamente ha tenido obstáculos de diverso tipo para poder ejercer en condiciones de igualdad sus derechos. Por ello, es que **no es posible, en el análisis constitucional de la medida adoptada por el Consejo Nacional de la Magistratura, prescindir que estamos hablando de derechos de personas con discapacidad** o por lo menos, no darle la debida importancia al momento de balancear este derecho frente a otros al realizar la Ponderación, tal como hace equivocadamente el CNM.

Prescindir de esta apreciación no sólo nos lleva a eliminar un dato central de la realidad sobre la que queremos decidir, sino que además, traería como consecuencia que nuestra conclusión no sea razonable, al caer en lo que Reynaldo Bustamante llama la **“arbitrariedad fáctica”**, es decir, el no evaluar adecuadamente los hechos; los mismos que en nuestro supuesto de hecho involucran a una persona con discapacidad<sup>9</sup>.

### **El derecho de las personas con discapacidad**

Teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, es preciso recalcar que los derechos de las personas con discapacidad no son unos nuevos o recientemente creados. Son los mismos derechos humanos que han debido ser nuevamente expresados en relación a las personas con discapacidad, a causa de la discriminación histórica y estructural de la que han sido víctimas. Por ello, a pesar que han estado señalados en diversos textos normativos que nos vinculan, como nuestra Constitución de 1993 (Art. 2, derecho a la igualdad ante la ley y no discriminación, etc.), la Convención Americana de Derechos Humanos o el Convenio 159 de la Organización Internacional del Trabajo, es que han sido nuevamente señalados en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la Organización de las Naciones Unidas, teniendo en cuenta la grave vulneración al derecho-principio de igualdad y no discriminación de todas las personas.

El nuevo léxico del que hablamos (y que incluso difiere de la normas específicas que en el Perú se han dado sobre el tema, como la Ley General de la Persona con Discapacidad y su reglamento), presentado por la Convención de la ONU, nos lleva (por ejemplo) a tener en cuenta que la discapacidad no es la ausencia de algún sentido de la persona; sino, las limitaciones que al interactuar con su medio se produzcan a causa de la ausencia de tal o cual sentido o parte del físico. Es decir, la discriminación de parte de su entorno, de la que sufra a causa de tal ausencia; y no la persona en sí. Este cambio de visión nos remite, automáticamente, a las razones por las que el entorno discrimina a estas personas, y la necesidad de superarlas o eliminar tales barreras; derivándonos a lo que la Convención

---

<sup>9</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. ARA Editores, Primera edición, mayo del 2001. Página 312.

denomina “ajustes razonables”. Sin duda, un cambio de visión de la discriminación que sufren las personas con discapacidad. Veamos concretamente cómo es que la Convención define estos conceptos:

#### **Artículo 1**

##### **Propósito**

(...)

**Las personas con discapacidad** incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

#### **Artículo 2**

##### **Definiciones**

A los fines de la presente Convención: (...)

Por “**discriminación por motivos de discapacidad**” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por “**ajustes razonables**” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales;

Por “diseño universal” se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

*Los subrayados son nuestros.*

Además de ello, debemos tener presente los principios en los que toda actividad relacionada a las personas con discapacidad debe inspirarse; entre los que están el de la Inclusión, no discriminación y la igualdad de oportunidades:

#### **Artículo 3.-**

Los principios de la presente Convención serán:

- a. El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b. **La no discriminación;**
- c. La **participación** e **inclusión** plenas y efectivas en la sociedad;
- d. El **respeto por la diferencia** y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e. **La igualdad de oportunidades;**
- f. La accesibilidad;
- g. La igualdad entre el hombre y la mujer;

El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

Ahora, teniendo en cuenta los principios anteriormente señalados, más los criterios de interpretación constitucional y convencional, y antes de ingresar a analizar el caso a través del Test de Igualdad, es pertinente señalar que no toda diferenciación significa automáticamente una discriminación.

“En este contexto, y recordando una doctrina consolidada por este Tribunal Constitucional, debe señalarse que el principio de igualdad no garantiza que siempre y en todos los casos deba tratarse por igual a todos, sino que las diferenciaciones que el legislador eventualmente pueda introducir, obedezcan a razones objetivas y razonables” Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de enero del 2003, Exp. N° 0010-2002-AI/TC. En: RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Página 160. El subrayado es nuestro.

De acuerdo a lo señalado por la doctrina, el Tribunal Constitucional e incluso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para llegar a la conclusión de si una diferenciación llega a excluir indebidamente a una persona causándole perjuicio en su derecho a la igualdad (es decir, saber si es una Discriminación), se debe analizar si la razón de la diferenciación es una razón objetiva o razonable, y si el grado de restricción del derecho a la igualdad en el caso en concreto es menor o igual al grado de protección que se pretende conseguir en el bien jurídico del adecuado funcionamiento del servicio de justicia. **De fallarse en alguna de estas evaluaciones, la medida del CNM de separar al Sr. Béjar basándose en que no puede ver, será discriminatoria.**

### ¿La medida adoptada por el CNM, es inconstitucional? El Test de Igualdad

Hay diversas pistas para saber si una medida es discriminatoria o no:

- **Si la diferencia se basa en la diferencia de las personas y no en la naturaleza de las cosas.** Este principio se encuentra en el artículo 103 de la Constitución y se quiere decir con él que:

- La diferencia de trato es siempre una excepción. (Marcial Rubio, p.205)
  - “(...) la diferencia de trato jurídico debe corresponder a las calidades accidentales de las personas, característica que las distingue del núcleo de identidad humana que cada persona natural comparte con las otras por pertenecer a la humanidad (...)”. (Marcial Rubio, p.206)
  - El legislador no puede legislar fomentando diferencias sociales (Marcial Rubio, Marcial Rubio, p. 222)
    - Este principio “no excluye la acción positiva que consiste en establecer diferencias legislativas para compensar desigualdades que tienen determinados grupos sociales, hasta que dichas diferencias sean niveladas (...)” (Marcial Rubio, p. 222)
- **Si la razón no es razonable:** es decir, si la distinción o el tratamiento diferente no se basa en la prosecución de una finalidad o fines constitucionalmente relevantes (Sentencia del TC, N° 00045-2004-AI/TC, fundamento jurídico 23). Asimismo, la distinción será razonable si es que tiene una “justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos”, o si es “generalmente aceptado por la sociedad” (Marcial Rubio, p. 242).
- De acuerdo a lo señalado por la Convención de la ONU, será una “discriminación por motivos de discapacidad” cuando la distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad tenga “el propósito o **el efecto de obstaculizar** o dejar sin efecto **el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones**, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.
- La pregunta siguiente es: **¿y cómo es que podemos llegar a saber** que el efecto de la distinción ha tenido el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones? El Tribunal Constitucional ha señalado que para responder este cuestionamiento, se debe acudir al **Principio de Proporcionalidad**, el mismo que a diferencia de la Razonabilidad, contiene una dimensión comparativa entre dos derechos<sup>10</sup> (en nuestro caso, es el de adecuado servicio del sistema de justicia y el de igualdad en el acceso a la función pública), y tiene la finalidad de saber si la

---

<sup>10</sup> Marcial Rubio, señala la siguiente diferencia entre los principios de razonabilidad y proporcionalidad: “La diferencia está en que, mientras la razonabilidad consiste en expresar buenas razones para la conducta frente a las ocurrencias de la realidad, la proporcionalidad busca encontrar una adecuada relación de volumen, significación o cuantía entre dos elementos jurídicos (o de relevancia jurídica) entre sí.” En: La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional, página 251.

“restricción” de un derecho es constitucional. Para conocer ello, se deben realizar las siguientes tres evaluaciones:

- El examen de idoneidad (es decir, ¿la medida de diferenciación adoptada, cumple el propósito perseguido?)
- El examen de necesidad (es decir, ¿la medida de diferenciación adoptada es la menos gravosa para el derecho constitucional que estoy “restringiendo” para el caso concreto?)
- El examen de proporcionalidad o en sentido estricto, o Ponderación (es decir, de acuerdo a la valoración y peso que le asigne a cada uno de los bienes constitucionales en juego, ¿la restricción se provoca en uno es similar o proporcional a la protección que hago del otro?, o ¿me parece que “es un precio muy alto a pagar”?)

El Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta lo anterior más dos aspectos que son relevantes para nuestra evaluación (que consiste en ubicar el tratamiento diferente y determinar la intensidad de la intervención en el derecho a la igualdad), ha señalado cuál es **la estructura del principio de proporcionalidad en el análisis de la infracción de la igualdad** (sentencia N° 00045-2004-AI/TC, sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 3 de la Ley N° 27466, modificatoria de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura):

- b. Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.
- c. Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.
- d. Determinación de la finalidad del tratamiento diferente (objetivo y fin).
- e. Examen de idoneidad.
- f. Examen de necesidad.
- g. Examen de proporcionalidad en sentido estricto o Ponderación.

De acuerdo a este test, es que realizaremos nuestra evaluación, paso a paso, del caso en concreto de nuestro supuesto de hecho.

- a. Determinación del tratamiento legislativo diferente: la intervención en la prohibición de discriminación.**

¿Cuál ha sido el tratamiento diferente por el Consejo Nacional de la Magistratura? Ha sido el siguiente: teniendo en cuenta si la persona tiene o no ceguera bipolar, ha determinado si es que se puede concursar o no para el cargo de fiscal adjunto provincial – Pool de Fiscales. Éste es el tratamiento “diferente” en cuestión.

- b. Determinación de la “intensidad” de la intervención en la igualdad.**

Aquí, el Tribunal Constitucional conceptualiza lo que es “intervención en la igualdad” e “intensidad en la intervención” (fundamentos jurídicos 34 y 35):

**“Intervención en la igualdad”:** “consiste en la introducción de un trato diferenciado a los destinatarios de la norma que, en cuanto medio, está orientada a la consecución de un fin y que, *prima facie*, parece como contraria a la prohibición de discriminación”.

**“Intensidad en la intervención”:** La intensidad de la intervención, producida en el derecho a la igualdad, puede ser de tres niveles:

- **Intensidad grave:** “cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y además tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho fundamental (v. gr. Derecho a la participación política) o de un derecho constitucional.”
- **Intensidad media:** “cuando la discriminación se sustenta en alguno de los motivos proscritos por la propia Constitución (artículo 2, inciso 2: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.”
- **Intensidad leve:** “cuando la discriminación se sustenta en motivos distintos a los proscritos por la propia Constitución y, además, tiene como consecuencia el impedimento del ejercicio o goce de un derecho de rango meramente legal o el de un interés legítimo.”

Este rango de intensidades de intervención en la igualdad se empleará para el análisis del principio de necesidad y de igualdad en sentido estricto; al comparársele con el grado de realización o de optimización del fin constitucional buscado proteger. Y aquí, es que nos servirá de mucho lo que en páginas anteriores hemos venido haciendo hincapié sobre la importancia de los derechos de la igualdad e inclusión de las personas con discapacidad, así como otros derechos que, en consecuencia de la “restricción” del derecho a la igualdad, serían vulnerados.

**En relación a la intervención en igualdad**, se observa que el CNM argumenta como razón de la diferenciación hecha, el que no pueda ejercer las funciones que corresponden a los fiscales adjuntos provinciales del Pool de Fiscales; es decir, fundamenta la “distinción” hecha en la protección de un adecuado servicio del sistema de justicia.

Se tiene, entonces, dos bienes jurídicos en juego: el derecho a la igualdad y el derecho a un adecuado servicio de justicia.

Y también se tiene que esta “diferenciación”, al basarse en un “motivo prohibido”, tiene la apariencia *prima facie* de ser discriminación; y hace que la intervención de la medida del CNM en el derecho a la igualdad es de grave intensidad. Cabe precisar aquí, que las diferencias basadas en estos motivos prohibidos no resultarán discriminatorias si lo que se busca a través de ellas es concretar las llamadas “medidas positivas” para equiparar justamente situaciones de desigualdad (se observa que la finalidad es integrar).

Habiendo ya determinado la intervención en el derecho a la igualdad, y señalado que su intensidad es grave, pasemos a evaluar si la medida es idónea, necesaria y proporcional. De no cumplirse alguno de estos requisitos, la medida del CNM adoptada en el caso del Sr. Béjar no resistirá el Test de Igualdad y será inconstitucional.

### **La evaluación de la idoneidad**

Siendo que, de acuerdo al CNM el bien jurídico protegido es el adecuado servicio del sistema de justicia (un bien jurídico que también es constitucional), cabe preguntarse si es que la medida de separar a quienes no pueden ver logra el propósito de proteger tal bien constitucional.

De acuerdo al Tribunal Constitucional, “La **idoneidad consiste en** la relación de **causalidad, de medio a fin**, entre 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 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” (Sentencia del TC, N° 00045-2004-AI/TC, fundamento jurídico 38. El resaltado es nuestro).

Sobre el Objetivo y Fin, el TC señala que: “**El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende** conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad o **fin viene a ser el derecho**, principio o bien jurídico cuya realización u optimización se logra con la conformación del objetivo. La finalidad justifica normativamente la legitimidad del objetivo del tratamiento diferenciado.” (Sentencia del TC, N° 00045-2004-AI/TC, fundamento jurídico 37. El subrayado es nuestro)

Así, tenemos que el fin del Consejo Nacional de la Magistratura con el tratamiento diferenciado adoptado es el derecho a un adecuado servicio del sistema de justicia. El objetivo, es que este derecho no se vea vulnerado, supuestamente, al ser ejercido por una persona que no puede ver. Entonces, ¿la distinción del CNM tiene como consecuencia la protección del servicio de justicia? Es decir, ¿la medida, tiene a simple vista, incidencia en proteger a que se ejerza adecuadamente la magistratura y así se salve el adecuado servicio de justicia al momento de ejercer las inspecciones oculares o al momento (por ejemplo) en que deba el fiscal participar de algún operativo? Al excluir totalmente de estas labores concretas (labores a las que el CNM ha aludido siempre en el debate como las razones por las que un fiscal no debe ser una persona que no puede ver) al Sr. Béjar, se diría que sólo teniendo en cuenta este aspecto físico (sin dar cuenta de las obligaciones del Estado, sino sólo esta realidad fáctica) la medida del CNM es idónea. Es preciso señalar

que esta conclusión está basada sólo en la relación entre medio y fin, sin tener en cuenta otros derechos fundamentales involucrados u obligaciones estatales en juego (a ser considerado en el examen de la proporcionalidad en estricto).

### **La evaluación de la necesidad**

De acuerdo al Tribunal Constitucional,

“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, 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. (...)

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.**” (Sentencia del TC, N° 00045-2004-AI/TC, fundamento jurídico 37. El subrayado es nuestro)

¿Existía una medida alternativa para proteger el bien jurídico constitucional del adecuado servicio del sistema de justicia, y a la vez proteger el derecho a la igualdad en el acceso a la función pública del Sr. Béjar? De encontrarse al menos una medida alternativa, que incluso no intervenga en la prohibición de discriminación, la medida de separación del CNM será inconstitucional.

**Aquí, es preciso señalar que sí existen medidas alternativas que protejan ambos bienes constitucionales, y que no discriminan (excluyen) por motivos de discapacidad.** Y no sólo eso, sino que adoptar estas medidas alternativas son una obligación jurídica del Estado, constitucional y convencional, y más concretamente a causa de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por la cual es deber estatal el realizar los denominados “ajustes razonables”. Estos ajustes razonables son necesarios a fin de no discriminar por motivos de discapacidad, y fomentan adecuadamente la inclusión.

“Por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales; (...)”. Artículo 2, “Definiciones”, Convención ONU. El subrayado es nuestro.

Una medida que protege el adecuado servicio del sistema de justicia, y el derecho a la igualdad del Sr. Béjar, es la de (por ejemplo) asignarle las funciones en las que no se requiera necesariamente el sentido de la vista (pues el fiscal no sólo hace de fedatario); o, el asignarle un asistente de confianza que le apoye en lo que sea necesario.

Sobre la primera medida alternativa, cabe precisar que es errado que el debate se haya centrado sólo en dos de las funciones particulares de los fiscales (la de asistir a operativos en las calles o la de realizar inspecciones oculares). ¿Por qué? Porque de acuerdo con la realidad, y teniendo en cuenta la descripción de las labores de los fiscales adjuntos provinciales –Pool de Fiscales que realiza una reciente resolución de la Fiscalía de la Nación en relación al distrito judicial de Lima, son más las labores que estos fiscales realizan, y que muy bien una persona que no puede ver ha de llevar a cabo. En efecto, **la Resolución de la Fiscalía de la Nación N° 1202-2009-MP-FN que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Pool de Fiscales del Distrito Judicial de Lima, de fecha 3 de setiembre del 2009, señala que las labores de estos fiscales dependen de los Despachos de las Fiscalías Provinciales a los que sean asignados:**

- Despachos de las Fiscalías Provinciales en lo Penal de Turno
- División de Exámenes Tanatológicos del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público
- Despachos de las Fiscalías Provinciales de Familia
- Despachos de las Fiscalías Provinciales de Prevención del Delito de Turno

De una lectura a los deberes generales de un Fiscal Adjunto Provincial del Pool de Fiscales, se puede concluir que en principio no se contrarían con el que una persona no pueda ver (artículo 13 del mencionado Reglamento):

- a. Velar por el estricto respeto de los Derechos Humanos consagrados en la Constitución Política de Estado.
- b. Garantizar el derecho de defensa de los investigados y víctimas.
- c. Velar por el estricto cumplimiento en los plazos de investigación o detención, conforme al marco constitucional.
- d. Velar por que las diligencias policiales se realicen con las formalidades que la ley establece.
- e. Conducir desde su inicio la investigación preliminar, velando por el estricto cumplimiento de las instrucciones generales impartidas por la Fiscalía de la Nación y específicas del Fiscal Provincial competente.

- f. Participar en la recepción de manifestaciones de los intervenidos y de aquellas personas que tengan relación directa o indirecta con los hechos que investigan
- g. Participar por disposición del Fiscal Provincial competente, en los operativos que se programen.
- h. Presentar semanalmente un informe documentado al Fiscal Provincial Coordinador sobre las diligencias realizadas y al Fiscal Provincial competente sobre los operativos en los que ha participado, adjuntando copia de las actas correspondientes.

En relación a las funciones particulares que realiza un fiscal en este cargo, cuando es designado al Despacho de una Fiscalía Provincial en lo penal de turno, está por ejemplo el “apoyar en la calificación de atestados, partes, informes, oficios y cualquier otro documento policial con o sin detenido”, o el “recibir denuncias verbales y darle el trámite correspondiente conforme a la disposición del Fiscal Provincial en lo Penal de Turno” (art. 14 del reglamento mencionado); funciones que no se contrarían en lo absoluto con una persona que no puede ver. Asimismo, en relación a las funciones que se desarrollan en el Despacho de las Fiscalías Provinciales de Familia, se tiene como deber del fiscal el: “apoyar en la recepción de denuncias verbales sobre violencia familiar, presunto estado de abandono, infracciones a la ley penal, contravenciones y otras relacionadas a la especialidad”, entre otras (art. 17, 18). En el caso de la Fiscalía Provincial de Prevención del Delito de Turno, algunas funciones de los fiscales son: “apoyar en la calificación y tramitación de denunciar y solicitudes”, “Recomendar o exhortar se adopten las medidas correspondientes para prevenir la comisión del delito”, “poner en conocimiento del Fiscal Provincial cuando advierta hechos que no sean de competencia de la especialidad”, “participar en campañas de difusión a la comunidad, dando a conocer el alcance de normas legales vigentes sobre aspectos relacionados a la función preventiva”, entre otras funciones (art. 19).

**Todas estas funciones no se contradicen con el que una persona no pueda ver.** Por ello el decidir, por ejemplo, que una persona invidente realice estas funciones (y quizá no otras, como las que ha señalado el CNM), es un “ajuste razonable” a fin de que las personas con discapacidad accedan en igualdad de condiciones a la función pública. Decimos “quizás”, porque más funciones han de ser realizadas por personas con discapacidad de adoptarse adecuadamente, por ejemplo, los adelantos tecnológicos necesarios. Así, los adelantos tecnológicos, como las recomendaciones de la propia Organización de las Naciones Unidas<sup>11</sup> nos dan ejemplos de cómo efectivizar esta inclusión, entre las que está la de “asignar algunas de las funciones de la persona con discapacidad a otra persona” (en el caso en concreto, a otro u otra fiscal).

---

<sup>11</sup> “De la exclusión a la confianza” *Manual para parlamentarios (Nº 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo*. Naciones Unidas, Naciones Unidas – Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Unión Interparlamentaria. Ginebra, 2007.

Veamos algunas otras medidas que se han estado diseñando en otros países, como por ejemplo el Reino Unido:

“Ley sobre discriminación por motivos de discapacidad (Disability Discrimination Act), de 1995, en donde se legisla sobre la obligación de los empleadores de realizar ajustes y se da algunas medidas que podía tomar para que cumpla con su deber:

- Efectuar ajustes en los locales,
- **Asignar algunas de las funciones de la persona con discapacidad a otra persona,**
- Trasladarla para ocupar una vacante,
- Modificar su horario de trabajo,
- **Asignarla a un lugar distinto de trabajo,**
- Permitirle que se ausente durante horas de trabajo con fines de rehabilitación, evaluación o tratamiento,
- Impartirle capacitación, o disponer que se le proporcione;
- **Adquirir o modificar equipo;**
- Modificar las instrucciones en los manuales de consulta;
- **Modificar los procedimientos de examen de ingreso o de evaluación;**
- **Proporcionar un lector o intérprete;**
- Proporcionar supervisión.”<sup>12</sup> El subrayado es nuestro.

Teniendo en cuenta ello, no hay justificación alguna para que se haya separado al Sr. Béjar del concurso de selección; sobre todo, porque ya existen en la práctica experiencias de fiscales que han asumido sus funciones siendo personas que no pueden ver. Un ejemplo es el fiscal Gustavo León García, que lleva 16 años en la Fiscalía, en Medellín – Colombia (<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-4139836>), donde lleva “procesos de violencia intrafamiliar, hurtos e inasistencias alimentarias” (funciones que coinciden con las que hemos nombrado líneas arriba). Su asistente Samari Campuzano, quien le lee los procesos “a la espera de las instrucciones del fiscal García para luego presentarlas a los jueces”, creyó en un inicio que la labor iba a ser muy difícil, pero “ha demostrado que es capaz de ejercer como fiscal sin problema”. En la información de El Tiempo, se señala que este fiscal, a los tres años de su labor, “fue desterrado por las Farc tras un operativo que coordinó para la incautación de armas y dinero de ese grupo guerrillero.”

De lo anterior, queda claramente expuesta no sólo la posibilidad, sino también la obligatoriedad de que el Estado, y en este caso el Consejo Nacional de la Magistratura, de realizar las medidas o los “ajustes razonables” que garantizan (como hemos visto) tanto el bien jurídico del adecuado servicio de justicia, como el derecho fundamental de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. De otro lado, recordemos que así también lo señala el principio *pro personae*, por el cual se debe elegir la interpretación o

---

<sup>12</sup> De: “De la exclusión a la confianza” Manual para parlamentarios (Nº 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo. Página 66.

medida que sea más favorable para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

**La solicitud del Sr. Béjar para que se le otorguen las facilidades a fin de rendir el examen escrito: los ajustes razonables y la carga desproporcionada o indebida**

Ahondando más en los denominados “ajustes razonables”, de acuerdo a la Convención ONU, estos deben ser llevados a cabo en la medida que “no impongan una carga desproporcionada o indebida”.

¿Acarrea, en el caso del Sr. Béjar, las medidas a ser adoptadas por el CNM, una carga indebida de o desproporcionada al Estado? No. Es muy importante este detalle, pues de no acarrear la medida de “ajuste razonable” una carga como la señalada por la Convención ONU, y de habersele negado al solicitante; el CNM, de acuerdo a la Convención ONU, ha incurrido en un acto de **discriminación** por motivos de discapacidad **al haberse sólo negado a realizar los “ajustes razonables”**.

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. **Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables**; (...) Artículo 2, “Definiciones”, Carta de la ONU. El subrayado es nuestro.

La medida de “ajuste razonable” que el Sr. Béjar solicitó para poder ejercer su derecho de igualdad de oportunidades en la convocatoria del CNM, fue la siguiente:

“(…) En fecha 14 de julio a las 16:20 horas en el local del Consejo Nacional de la Magistratura en la ciudad de Lima, presenté una solicitud dirigida al Presidente de la Comisión Permanente de Selección y Nombramiento, para que teniendo en cuenta mi discapacidad visual y en aplicación de los ajustes razonables a que tenemos derecho las personas con discapacidad, se me otorguen las facilidades del caso a efectos de que el suscrito pueda rendir el examen escrito a que se contrae el artículo 21 del Reglamento de Concursos, en condiciones de normalidad e igualdad a los demás postulantes en aplicación de la normatividad legal vigente, facilidades del caso relacionadas con la lectura del examen escrito, las que consistirían en **que se autorice que una persona designada por ellos, colabore con el suscrito en la lectura del examen y el marcado de las respuestas conforme a lo indicado por el suscrito, colaboración que sería durante el tiempo programado para el examen; caso contrario, se me otorgue el examen en formato electrónico para que pueda resolverla con la ayuda de una Computadora portátil que cuente instalado el**

**programa lector de pantalla (JAWS), computadora y programa que podrían ser proporcionados por el suscrito;** para lo cual, conforme a lo establecido por la Ley General de la persona con discapacidad Ley N° 27050 cumplí con adjuntar mi certificado de discapacidad, (...)” Fundamentos de Hecho, Antecedente 1.6, del escrito del Sr. Béjar que “Modifica demanda de acción de amparo”, presentado a la Jueza del Tercer Juzgado Civil de la Provincia del Cusco, en el Expediente N° 2009-01890-50-1001-JR-CI-3. El subrayado es nuestro.

Como puede verse, la medida de “ajuste razonable” solicitada no significaba una carga desproporcionada o indebida al CNM.

Algunos países ya han avanzado en lo que significaría este concepto de la carga desproporcionada o indebida, señalando supuestos que no están relacionados con el caso bajo comentario, en el cual se solicitó medidas que eran razonables (podemos llegar a esa conclusión aplicando el Test de Proporcionalidad). Entre los criterios que se han señalado para dar pistas de una carga desproporcionada, están “la viabilidad de los cambios necesarios, el costo, el carácter, magnitud y recursos de la entidad que se trate, la disponibilidad de otro apoyo financiero, las repercusiones en la salud y seguridad en el trabajo, y los efectos en las actividades de la entidad.”<sup>13</sup> En España, la Ley de Igualdad de Oportunidades del 2003, señala como uno de los criterios en su artículo 7 para determinar si la carga es o no desproporcionada, además de los costes de la medida, “los efectos discriminatorios que suponga para las personas con discapacidad su no adopción”<sup>14</sup>. Ninguno de estos criterios se dan en la medida de ajuste necesario que el Consejo Nacional de la Magistratura debía adoptar para proteger el derecho de igualdad en el acceso a la función pública (etapa de concurso) del Sr. Béjar, el mismo que los había solicitado.

La necesidad de hacer estos “ajustes razonables”, de acuerdo a la lógica de los derechos humanos cuando son ejercidos por las personas con discapacidad, evidencian la obligación del Estado de implementarlos, y de no negarlas salvo cuando ello significa una carga desproporcionada, la misma que **es la única razón justificable** (y que se debe demostrar) para fundamentar, de acuerdo a derecho, por qué no se permitió al Sr. Béjar postular en la Convocatoria descentralizada 002-2009-CNM – Macro Región Sur.

Así, no es razón para separar de un concurso de selección la remembranza del artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (o tampoco la sola mención del artículo \_\_\_ de la Ley de Carrera Judicial). Tampoco es razón justificable la protección del adecuado servicio de

---

<sup>13</sup> “De la exclusión a la confianza” Manual para parlamentarios (N° 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo. Página 71.

<sup>14</sup> “De la exclusión a la confianza” Manual para parlamentarios (N° 14-2007) sobre la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo Facultativo. Página 68.

justicia porque, como ya hemos visto, la medida adoptada no es la necesaria o la única que se podía adoptar. De igual modo, **no es justificable (como lo ha hecho el CNM) para separar del concurso, la sola constatación de la discapacidad visual permanente.** Mucho menos, será razón suficiente el decir que el artículo 32 del reglamento de concursos indica que “el examen escrito es personal” y que en consecuencia la medida solicitada por el Sr. Béjar es contraria a la disposición referida. Sobre este último argumento, el mismo que presenta una reflexión ilógica y superficial, por decir lo menos, es refutable porque el supuesto del artículo 32 del Reglamento de Concursos no es aplicable al caso en mención, sino, para los supuestos de plagio o suplantación.

**Artículo 32°.-** El examen escrito es personal. La suplantación, plagio o intento de plagio, se sancionan con la exclusión del postulante del concurso, sin perjuicio de las acciones legales correspondientes.

No obstante estar plenamente justificada la solicitud del “ajuste razonable”, de acuerdo a la Constitución, la Convención Americana, y sobre todo la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tanto la Comisión Permanente de Selección y Nombramiento del CNM, presidida por Francisco Delgado de la Flor Badaracco e integrada además por Efraín Anaya Cárdenas y Edmundo Peláez Bardales, como el Pleno del CNM, decidieron por unanimidad declarar improcedente la solicitud del Sr. Edwin Romel Béjar Rojas, y seguidamente se le excluyó del concurso. Todo ello, en una decisión que, si realizamos nuevamente la lectura de los documentos y argumentos esgrimidos, **no toman en cuenta el documento jurídico pertinente para resolver el pedido de solicitud**, como es la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, donde están dados los conceptos de “discriminación por motivos de discapacidad” y “ajustes razonables”. Tampoco se realiza un adecuado análisis del Test de Igualdad. Ello, abona a la arbitrariedad de esta decisión, que no ha seguido las fuentes del Derecho (incurriendo en lo irracional) ni de los principios de la interpretación en materia de derechos humanos. Éstos, son errores esenciales que se deberán tener en cuenta cuando se analice nuevamente la decisión del CNM, tanto en sede jurisdiccional, como en la propia sede del Consejo Nacional de la Magistratura, de darse el caso.

Como puede apreciarse de lo señalado en este acápite del Test de Proporcionalidad, la medida adoptada por el CNM no era necesaria. Había otras que bien debieron optarse, de acuerdo a la legislación nacional e internacional, y que además son acciones de las que ya hay ejemplos en otros países; medidas que no intervienen en la prohibición de discriminación y que son igual de idóneas para resguardar los dos bienes jurídicos bajo análisis. Por lo tanto, la medida de separación efectuada por el CNM, en realidad, es una discriminación por motivos de discapacidad (pues, les bastó constatar la ceguera bilateral permanente del Sr. Béjar y equipararla con ciertas pocas funciones del fiscal, para separarlo del concurso). Es más, lo sucedido es una discriminación doble, toda vez que el CNM, además, se negó a realizar los denominados “ajustes razonables” para que pueda acceder en condiciones de igualdad a la convocatoria.

## La evaluación de la proporcionalidad en sentido estricto

El Tribunal Constitucional ha señalado un concepto de la evaluación de la proporcionalidad en sentido estricto:

“La proporcionalidad en sentido estricto o **ponderación** (Abwägung) proyectada al análisis del trato diferenciado, consistirá en una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en la igualdad. La comparación de estas dos variables ha de efectuarse según la denominada ley de ponderación. Conforme 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**.

Proyectada 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 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.” (Sentencia del TC, N° 00045-2004-AI/TC, fundamento jurídico 40. El subrayado es nuestro)

De acuerdo a las reglas de evaluación del Test de Proporcionalidad y del Test de Igualdad, cuando la medida de intervención en el principio de igualdad no tiene resultado satisfactorio en alguno de los tres sub-principios (idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto), no ha de seguirse la evaluación, toda vez que se requiere del resultado satisfactorio en los tres sub-principios, de forma sucesiva. Por ello, es que la conclusión de la inconstitucionalidad de la medida adopta por el CNM ha quedado definida en el principio de necesidad, de acuerdo al Test de Igualdad.

No obstante, vale la pena señalar que la afectación de la medida de separación adoptada tiene como consecuencia una restricción irrazonable y desproporcionada del principio de igualdad. Primero, por el valor mismo que tiene este derecho fundamental de la igualdad, que además es un principio, en nuestra sociedad y en todo Estado Constitucional de derecho creado para la defensa de la dignidad humana. Y segundo, porque además, al involucrar este derecho a la igualdad en el caso en concreto a otros derechos fundamentales, éstos también resultan vulnerados a pesar de que el Estado peruano está obligado a prevenir su vulneración, así como a respetarlos y garantizarlos.

## 6.1 Otros derechos comprometidos

### 6.1.1 Derecho de acceso a la función pública

El derecho de acceso a la función pública es un derecho que tenemos todos y todas (artículo 23 –derechos políticos– de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>15</sup>), y es una manifestación del derecho a la participación política. En relación a las personas con discapacidad, está además el derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

#### **Derecho de acceso a la función pública**

El derecho de acceso a la función pública constituye un derecho de participación. Constituye así manifestación del *status activae civitatis*. No se trata de un derecho de defensa o de libertad, tampoco se trata de un derecho de protección o de prestación porque no posibilita el acceso a bienes protegidos por los derechos económicos, sociales y culturales. El derecho de acceso a la función pública pertenece al ámbito de derechos que implican una intervención en la cosa pública de las personas en tanto miembros de una comunidad política. En tal sentido, el bien protegido por este derecho fundamental es la intervención o participación en la función pública. Por ello, el contenido por antonomasia de este derecho es la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, esto es, en el ejercicio de una función pública.

Este Tribunal entiende que **los contenidos de este derecho son** los siguientes:

- a) Acceder o ingresar a la función pública.
- b) Ejercerla plenamente.

---

<sup>15</sup> “1.- Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y libertades: c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2.- La Ley puede reglamentar el ejercicio de derechos y oportunidades a los que se refiere el artículo anterior exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

- c) Ascender en la función pública.
- d) **Condiciones iguales de acceso.**

Fuente: <http://gaceta.tc.gob.pe/sentencia-normativa.shtml?x=1549>

Sentencia recaída en los expedientes N° 00025-2005-PI/TC y N° 00026-2005-PI/TC (acumulados) El subrayado es nuestro.

### 6.1.2 Derecho al trabajo

Como es evidente, separar arbitrariamente del proceso de elección por motivos de discapacidad, en el cargo significa en perspectiva una vulneración al derecho al trabajo. Sobre el particular, es pertinente y bastante elocuente lo que señala la normatividad sobre el mismo:

#### **Artículo 27 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad de la ONU**

##### **Trabajo y empleo**

1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello **incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido** o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas:

- a) **Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo,** la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;
- g) **Emplear a personas con discapacidad en el sector público;**
- i) Velar por que **se realicen justes razonables** para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo.

De acuerdo a nuestra Constitución de 1993:

**Artículo 23°.** El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

**Artículo 26°.** En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

(...)

Igualdad de oportunidades sin discriminación. (...)

El Tribunal Constitucional, en relación a la igualdad de condiciones para poder acceder al trabajo, ha dado importantes pautas a tener en cuenta. Una de ellas, y la que aporta

conceptos nuevos a tratar en este debate, es el de la diferencia entre una **diferenciación razonable** (la misma que no vulnera el principio-derecho de la igualdad) y el **discriminar** (que sí vulnera este principio-derecho), conceptos que hemos desarrollado a la par del Test de Igualdad.

### c.3.2.) La igualdad de oportunidades

-  
22. Hace referencia a la regla de no discriminación en materia laboral. En puridad, plantea la plasmación de la isonomía en el trato previsto implícitamente en el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución; el cual específicamente hace referencia a la igualdad ante la ley.

### c.3.3.) Referencia a la regla de no discriminación en materia laboral

-  
23. Esta regla de igualdad asegura, en lo relativo a los derechos laborales, **la igualdad de oportunidades de acceso al empleo.**

Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia.

Al respecto, el artículo 103º de la Constitución compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas. El artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige a dicho ente no apartarse de sus precedentes judiciales, salvo que existan razones justificadas para ello; y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, prescribe que el Tribunal Constitucional sólo podrá apartarse de sus precedentes vinculantes cuando exprese los fundamentos de hecho y derecho que sustenten la sentencia y las razones del apartamiento del precedente jurisprudencial.

La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución.

Miguel Rodríguez Piñeiro y Mejía Fernández López [*Igualdad y discriminación*. Madrid, Tecnos, 1986, p. 47) exponen que para establecer si una conducta en una empresa es discriminatoria o una diferenciación es razonable, es **necesario precisar cuándo dos**

**situaciones reales son equiparables y cuándo sus similitudes predominan sobre sus diferencias.**

La discriminación en materia laboral, *strictu sensu*, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.

Tal el caso de la negación de acceso al empleo derivada de la opción política o sexual del postulante, por la concesión de mayores beneficios a unos trabajadores sobre otros, por su mera condición de no afiliados a una organización sindical, el despido por el solo hecho del ejercicio de las actividades sindicales, etc.

**Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de “lo constitucional”, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.**

Tal el caso, por ejemplo, de las reglas de evaluación laboral sobre la base de exigencia de conocimientos no vinculados con la actividad laboral del o los trabajadores.

Dichas acciones, proscritas por la Constitución, pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes:

- Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo.
- Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.).

Mediante la Ley N.º 26772, modificada por la Ley N.º 27270, se regulan los actos de discriminación, tanto en el acceso al empleo como en el trato dentro de una relación laboral.

En ese contexto, se proscribe la utilización de criterios de selección que carezcan de una justificación objetiva y razonable; la adhesión a criterios de selección simultáneamente distintos, cuando las situaciones de postulación son idénticas; amén de tratos diferenciados basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, etc.

(Sentencia recaída en el expediente N° 008-2005-AI-TC) Los subrayados son nuestros.

### 6.1.3 Derecho al Proyecto de vida

Siguiendo lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo sobre el derecho al Proyecto de vida, cabe decir que éste está relacionado con el principio y derecho a la libertad. Así, la Corte señala la relevancia de este derecho de la siguiente manera:

“148. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de **realización personal**, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de **opciones** para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”<sup>16</sup> El subrayado es nuestro.

Hasta aquí, hemos analizado los diversos bienes y derechos constitucionales que habrían también que ponderarse (evaluarse, valorarse), además del principio-derecho a la igualdad, en relación al bien jurídico del derecho al adecuado funcionamiento del servicio de justicia (del que aún no hemos tratado).

- a. **El derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad.** Este derecho, como ya hemos visto, tienen una especial protección fundamentada en la histórica y estructural discriminación y vulneración en sus derechos de los que han sido víctimas el grupo de las personas con discapacidad. El respeto de este derecho nos lleva a la necesidad de realizar lo que la Convención de la ONU nombra como “ajustes razonables”, a fin de que estos derechos se realicen en igualdad de oportunidades.
- b. El derecho al acceso a la función pública, como el cargo del fiscal adjunto provincial – Pool de Fiscales. Y en condiciones de igualdad.
- c. El derecho al trabajo. Asimismo, al acceso en condiciones de igualdad.
- d. El derecho al proyecto de vida.

Todos estos derechos están consagrados en las normas nacionales e internacionales, por lo que no pueden estar ausentes en el examen del supuesto de hecho determinado. Lo contrario (el no tener en cuenta esta normatividad, o no darla la interpretación debida), sería resolver el caso fuera del sistema de fuentes de derecho que señala nuestro ordenamiento jurídico, lo que en palabras de Reynaldo Bustamante quien refiere al maestro Sagüés, se cometería una “arbitrariedad normativa” que consiste en “aquellas decisiones que no son el resultado de una derivación razonable del derecho vigente”<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> STC. N° 00010 – 2002 – PI/TC. F. J. 217

<sup>17</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos fundamentales y proceso justo*. ARA Editores, Primera edición, mayo del 2001. Página 312.

La evaluación anteriormente hecha, en resumen, evidencia serios cuestionamientos sobre la forma cómo es el que el Consejo Nacional de la Magistratura tomó la decisión de separar al Sr. Béjar del concurso de selección. En primer lugar, la forma como fue comunicada la misma (por teléfono) y remitiéndose sólo a reproducir un artículo de la legislación, cuando se trataba de la restricción de un derecho fundamental (derecho a la igualdad de condiciones en el acceso a la carrera pública) y era necesaria (con especial énfasis) una debida motivación a fin de poder ejercer posteriormente el derecho a la defensa. En segundo lugar, tomar la decisión de separar “de plano” del concurso, en base a la sola constatación de una discapacidad física, es prescindir de obligaciones esenciales cuando de los derechos de las personas con discapacidad se habla: se prescinde de la obligación de realizar los llamados “ajustes razonables” teniendo en cuenta el deber de inclusión en base al derecho a la igualdad y al de la dignidad humana de acuerdo sobre todo a la Convención ONU de los Derechos de las Personas con Discapacidad; y se deja de lado un adecuado análisis del Test de Igualdad para el caso en concreto. Ello, sin tener en cuenta los otros derechos que se encuentran involucrados, así como los principios de interpretación constitucional (como el principio *pro homine*) y de interpretación convencional (artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y “efecto útil” que ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Esta situación, resalta serias deficiencias en la “motivación” y las consideraciones que llevó al Consejo a optar por la decisión de separación (o mejor dicho, discriminación): no se tuvo en cuenta importantes convenciones de derechos humanos, ni una interpretación a favor de los derechos fundamentales, por lo que la decisión resulta irracional (por no estar sujeta a las fuentes del derecho) e irrazonable (al no ser proporcional) y, en consecuencia, arbitraria.

## 7. Las obligaciones del Estado

Teniendo en cuenta lo anterior, es que el Estado tiene la obligación de **proteger, asegurar y promover** el respeto de los derechos de las personas con discapacidad, según la Convención ONU (artículo 4). O, en palabras de la Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado tiene el deber de **proteger y garantizar** el ejercicio y el goce de los diversos derechos humanos (obligación general 1 y 2).

### Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, **sin discriminación** alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.  
(El subrayo es nuestro)

**Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno**

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por **disposiciones legislativas** o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las **medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias** para hacer efectivos tales derechos y libertades.

(El subrayado es nuestro)

Este deber se concreta de diversas formas: medidas legislativas, medidas administrativas, medidas judiciales, etc. En relación a las medidas judiciales, es preciso señalar que nuestro sistema de fuentes de acuerdo a la Constitución hace que la interpretación de los derechos fundamentales estén acorde a los parámetros de las convenciones internacionales de derechos humanos (y de acuerdo también al sentido de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales), además de formar éstas parte del derecho nacional y del bloque de constitucionalidad (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, artículo 79 del Código Procesal Constitucional).

Por ello, es que en el caso de la separación realizada por el CNM contra el Sr. Béjar (la misma que, como hemos explicado a través de la aplicación del Test de Igualdad, es una medida discriminatoria), el Estado tiene la responsabilidad de, a raíz de la obligación de proteger y garantizar, no sólo de no incurrir en actos de discriminación (*no hacer*, lo que lamentablemente no ha sido así en este caso), sino que además debe efectuar, de *motu proprio*, todas las medidas necesarias para garantizar los derechos de las personas con discapacidad (*hacer*). Ello se realizará, por ejemplo y como ya hemos explicado, a través de los denominados “ajustes razonables” para que las personas con discapacidad puedan ejercer en condiciones de igualdad sus derechos fundamentales. Es importante recalcar que el Estado tiene la obligación de efectuar tales “ajustes razonables”, como obligación constitucional e internacional, la misma que debe ser llevada a cabo por todas las instancias que pertenezcan a la estructura estatal, en donde se encuentra el Consejo Nacional de la Magistratura. Así es como se desprende, además, de la siguiente disposición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y así lo señala también nuestra Constitución cuando en el artículo 44 señala la obligación del Estado de garantizar los derechos humanos:

“La segunda obligación de los Estados partes es “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados partes de **organizar todo el aparato gubernamental** y, en general, **todas las estructuras** a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, **de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos**”. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de fondo del 29 de julio de 1998. Serie C N° 4, párrafo 166. El subrayado es nuestro.

Y por supuesto, así lo señala también la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la que el Perú ya ratificó y por lo que se encuentra obligado desde el 3 de mayo del 2008, fecha en que entró en vigencia la Convención:

**Artículo 1.- Propósito**

El propósito de la presente Convención es **promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales** por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

**Las personas con discapacidad incluyen a** aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, **al interactuar con diversas barreras**, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

(El subrayado es nuestro)

Así, el Consejo Nacional de la Magistratura se encuentra obligado a tomar tales medidas en todos los procesos que tiene a su cargo y cuando sea pertinente, a fin de que las personas con discapacidad, por ejemplo, puedan participar en igualdad de oportunidades (para lo que, sin duda, no basta sólo la asignación de un porcentaje en la evaluación; sino que se requiere, por ejemplo, proveer de las medidas necesarias para que una persona que no puede ver dé adecuadamente su examen “escrito”, como se requería en el caso del Sr. Béjar).

Pero esta obligación no sólo es respecto del Consejo Nacional de la Magistratura, sino también, del Poder Judicial, al formar (evidentemente) parte de la estructura del Estado. El Poder Judicial, sin duda, es uno de los poderes del Estado que tiene la función de defender el ejercicio y goce de los derechos humanos, a través de la limitación del poder estatal como de particulares. Sobre la obligación de los jueces, juezas (y fiscales), la Corte interamericana se ha referido expresamente con el llamado “control de Convencionalidad” (cuyo concepto tiene la similar lógica que el denominado “control de Constitucionalidad” que se debe efectuar sobre todos los hechos estatales, particulares, y normas, al ser la Constitución –o, mejor dicho, el bloque de constitucionalidad– la máxima norma de un Estado Constitucional de Derecho). Éste, no es otra cosa que la obligación de tener como parámetro de interpretación a la Convención Americana de Derechos humanos (y similares normas de derechos humanos), y de hacer que sus disposiciones se concreten en la realidad (es decir, procurar el efecto útil de las mismas). Los jueces, juezas y fiscales tienen esta obligación, la misma que exigirá a quienes analicen y decidan jurisdiccionalmente sobre los hechos del caso Béjar, que la decisión judicial se siga necesariamente de las disposiciones de las convenciones de derechos humanos relacionados al caso, como la Convención Americana y la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad (esto, de acuerdo a las normas de interpretación del artículo 29 de la CADH). Veamos lo que ha señalado la Corte

Interamericana de Derechos Humanos sobre el denominado “control de convencionalidad”:

“124. La Corte es consciente que **los jueces y tribunales internos** están **sujetos al imperio de la ley** y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. **Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana**, sus jueces, como parte del aparato del Estado, **también están sometidos a ella**, lo que **les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin**, y que **desde un inicio carecen de efectos jurídicos**. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana** sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe **tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana**, intérprete última de la Convención Americana.”

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El subrayado es nuestro.

“180. **La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes**, a saber: **i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza** que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, **y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías (...)**. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a **la labor de los operadores de justicia**, debe realizarse a través de lo que se denomina **“control de convencionalidad”**, según el cual cada juzgador debe **velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales**, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos (...).”

Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Sentencia de 12 de Agosto del 2008. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) El subrayado es nuestro.

Lo anterior, hace evidente la obligación de los operadores jurídicos de resolver en base a lo que señalan las diversas convenciones de derechos humanos, que además deben además interpretarse adecuadamente. Esta obligación trasciende al Consejo Nacional de la Magistratura y, por eso mismo, no se explica el que haya tomado como fundamentación de la defensa de sus actos el supuestamente hacer una adecuada “distinción” objetiva y no una “discriminación”.

Es tan importante este “efecto útil” de las disposiciones de las convenciones que declaran, protegen y garantizar los derechos humanos, que no acatarlas generan

responsabilidad internacional del Estado; consecuencia que es uno de los logros alcanzados al tener al ser humano en el centro de la protección del derecho internacional, como debe ser. Y es por ello que, también, no tener en cuenta las convenciones y normas de derechos humanos, a pesar de su importancia y la fuerza jurídica que tienen en nuestro sistema de fuentes del Derecho (recordemos, por ejemplo, la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución), acarrea incluso responsabilidad disciplinaria. Así se ha señalado en el denominado “Caso El Frontón”, cuando la Oficina de Control de la Magistratura se preguntó sobre el por qué no se motivó adecuadamente la razón por la que no se tuvo en cuenta las disposiciones los tratados de derechos humanos, así como un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

“Dicho lo anterior se tiene en el caso de autos que la legislación anterior dada por el artículo 210° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (vigente al momento que se cometieron los hechos del Nuevo Reglamento), el término de la sanción de Suspensión a imponerse al Magistrado Malzón Urbina La Torre ha de ser menos que la que corresponda a los Magistrados Avila León de Tambini y Egoavil Abad; por cuanto éstos último resolvieron el Hábeas Corpus, sin una adecuada argumentación jurídica, siendo su **motivación notoriamente insuficiente**, pues **no realizaron ningún tipo de análisis y aplicación de instrumentos internacionales que integran nuestro derecho interno** para revocar la Sentencia, cuando la situación lo ameritaba; en tanto que el Magistrado Malzón Urbina la Torre, sí expone argumentos y razones para sustentar su decisión, haciendo mención incluso al Estatuto de Roma, centrandó su análisis en establecer porqué a su criterio el delito denunciado no revestía la calidad de delito de lesa humanidad; advirtiéndose no obstante, del tenor de su Voto dirimente, se aprecia una **motivación insuficiente** ya que exhibe cierta **inconsistencia en cuanto a los Tratados internacionales, omitiendo asimismo, pronunciamiento expreso, sobre las razones por las cuales el Fallo obligatorio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Durand y Ugarte vs. Perú) no era aplicable al Hábeas Corpus** formulado por Teodorico Bernabé Montoya; motivo por el cual, se le debe imponer la sanción pero con un quantum prudencialmente menor al de su coinvestigados”. Investigación N° 0042-2008-LIMA. Resolución número cincuenta y dos, de fecha doce de junio del 2009. Fundamento décimo séptimo. Algunos resaltados son nuestros.

#### **8. El concurso de selección y nombramiento de la magistratura, y las personas con discapacidad: Algunas observaciones y propuestas**

De acuerdo a la Convención ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el Estado deberá adoptar todas las medidas que sean necesarias (los “ajustes razonables” que no impongan una carga desproporcionada) para que las personas con discapacidad puedan gozar de igualdad de condiciones en el acceso a la función pública.

En el presente informe se ha analizado por qué es que la función de fiscal no debe entenderse como incompatible con una persona con ceguera bipolar permanente, lo que ha sido el principal argumento del Consejo Nacional de la Magistratura para separar de la convocatoria descentralizada N° 002-2009-CNM “Macro Región Sur” al Sr. Béjar. Asimismo, se ha analizado por qué es que la solicitud del Sr. Béjar para que el CNM adopte medidas a fin de que pueda participar del concurso de selección y nombramiento en igualdad de condiciones, en las primeras etapas del proceso, es una solicitud legítima y nada desproporcionada. Sobre esto, es interesante dar cuenta que hay diversos cambios o adaptaciones (prácticas, o variaciones reglamentarias) que el Consejo debe realizar en el proceso de los concursos de selección (en cada una de sus etapas) para que las personas con discapacidad que postulen no vean vulnerados sus derechos. Y en ello, bien puede ayudar la experiencia comparada.

Una primera observación, es **la necesidad de contar con una Comisión dentro del Consejo Nacional de la Magistratura que vele por los derechos de las personas con discapacidad**, a fin de tomar nota de las dificultades que se presentan al participar en los procesos de selección y nombramiento en igualdad de condiciones; y así, puedan proponer y llevar a cabo medidas que correspondan a los denominados “ajustes razonables”.

La idea de esta Comisión está siendo desarrollada en Brasil, país en que el Estado dispuso para la consulta pública una “propuesta de Resolución para reglamentar los concursos públicos para ingreso en la carrera de la magistratura, en el periodo comprendido entre 23 de marzo de 2009 hasta 07 de abril de 2009.” El Consejo Nacional de los Derechos de las Personas con Deficiencia (CONADE)<sup>18</sup> presentó, con motivo de esta consulta pública, algunas observaciones a dicha propuesta, entre las que destacaba cuál debiera ser la función de una Comisión de esta naturaleza (denominado en Brasil como la “Comisión Multiprofesional”). Sobre ella, el CONADE señaló lo siguiente:

“(…) 4. COMISIÓN MULTIPROFESIONAL

(…), consideramos saludable la existencia de la Comisión Multiprofesional, especialmente contando con la participación del miembro de la Orden de los Abogados de Brasil (OAB), para **atender las demandas peculiares de los candidatos, analizar los documentos presentados por el candidato con deficiencia, los requerimientos para adaptación de pruebas y de tiempo adicional**, así como para

---

<sup>18</sup> El CONADE (<http://www.mj.gov.br/conade/>) es un órgano colegiado, y tiene la finalidad de acompañar y profundizar el desenvolvimiento de una política nacional para la inclusión de personas con deficiencia, en las políticas de sectoriales de salud, educación, trabajo, asistencia social, transporte, entre otras. Forma parte de la Secretaría Especial de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, y fue creada mediante Ley 10.683/03, artículo 24. El documento al que hacemos mención ha sido elaborado por **Laís Vanessa Carvalho de Figueirêdo Lopes**, Consejera Titular representante de la Orden de los Abogados de Brasil (OAB) en el CONADE e Integrante de la Comisión de Actos Normativos (Gestión 2009/2011), quien es integrante de la sociedad civil; y por **Ana Paula Crosara Resende**, Consejera Suplente representante de la Orden de los Abogados de Brasil (OAB) en el CONADE (Gestión 2009/2011).

**velar por la provisión de los recursos de accesibilidad** en los locales de realización de la prueba y durante el estadio probatorio. En ese sentido, la Comisión podría prescindir en su composición de uno de los médicos, cabiendo a su presidente dirimir eventual controversia.

Por el expuesto, la Comisión Multiprofesional debe permanecer en la Resolución para **asegurar los derechos de los candidatos con deficiencia de participar, en equiparación de oportunidades, con los demás candidatos del concurso público, (...)** Documento elaborado por CONADE, dirigido al Señor Ministro Joao Oreste Dalazen – Conselheiro, Presidente de la Comisión de Prerrogativas en la Carrera de la Magistratura del Consejo Nacional de Justicia. Página 4 – 5. Traducción propia. El subrayado es nuestro.

Una segunda observación importante está relacionada a la siguiente pregunta: **¿cuándo es que se debe realizar la evaluación al o a la postulante, para saber si su situación de discapacidad es compatible con la función del cargo al que postula?** De acuerdo al documento presentado por el CONADE y las disposiciones de la Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, esta pregunta es engañosa, pues “parte del presupuesto equivocado que las personas con deficiencia en virtud de su limitación funcional, no serían capaces de ejercer la función judicante.”

La evaluación de si la persona es o no idónea para el cargo que está postulando se hará, como con todas las personas que postulan, a través de las diversas etapas del concurso que son tres (el examen escrito, la evaluación del currículo vital, la entrevista personal – para la que previamente se ha efectuado el examen psicológico–). Recordemos que estamos ante la eliminación de prejuicios sobre las personas con discapacidad, por lo que el razonamiento ya no es “cómo puede una persona con discapacidad adaptarse al cargo al que postula”; sino, “cómo este cargo puede adecuarse a esta persona” (por ello es que la existencia de la llamada Comisión Multiprofesional es tan importante). Por ello, como bien señala el CONADE:

“No obstante, **el único momento razonable** para aferir la compatibilidad de la deficiencia con la función desempeñada es durante **el estadio probatorio**, senda esta justamente la finalidad para la cual **el estadio se dedica a los demás partícipes**: comprobar la aptitud y habilidad de los candidatos.”

#### (...) 4. COMISIÓN MULTIPROFESIONAL

El art. 78 de la Resolución condiciona la reserva de vacantes de los candidatos con deficiencia a la **previa inspección por Comisión Multiprofesional, antes de la ocurrencia de la primera fase del concurso, con el fin de atestar la presencia y la compatibilidad de la deficiencia con las funciones a ser ejercidas.**

Apropiándonos de la argumentación expuesta anteriormente en la presente, **la Comisión Multiprofesional no puede juzgar la condición y la capacidad de los**

**candidatos con deficiencia en momento extraño al análisis efectivo del candidato en la función judicante**: el estadio probatorio. En esta fase, **después de la aprobación del candidato en las etapas anteriores, el candidato con deficiencia será probado como magistrado, asistido por los recursos de accesibilidad en equiparación de oportunidades con las demás personas, *aferindosi* su desempeño en las funciones inherentes al cargo, así como es hecho con los demás ingresantes en la carrera, (...)**

Por el expuesto, la Comisión Multiprofesional debe permanecer (...), **excluyéndose de su cualificación la facultad de pre juzgar a los candidatos antes de la ocurrencia del estadio probatorio**, tanto en relación a la existencia o no de la deficiencia cuánto a la **capacidad y/o compatibilidad a la función judicante**. (...)” Documento elaborado por CONADE, dirigido al Señor Ministro Joao Oreste Dalazen – Conselheiro, Presidente de la Comisión de Prerrogativas en la Carrera de la Magistratura del Consejo Nacional de Justicia. Página 4 – 5. Traducción propia. El subrayado es nuestro.

Teniendo en cuenta el razonamiento anterior, más lo que la Convención ONU señala en su artículo 1<sup>19</sup> (la discapacidad no proviene de la persona sino de su entorno que no está adecuada a ella), así como la propuesta de una Comisión interna en el CNM con las funciones señaladas, es que quizá debamos comenzar a pensar en la eliminación del artículo recientemente aprobado en la Ley de Carrera Judicial, ya que evoca el presupuesto equivocado al que alude el CONADE.

“**Art. 4 inciso 6.-** Requisitos generales para acceder y permanecer en la carrera judicial  
Son requisitos generales para el ingreso y la permanencia en la carrera judicial:

(...)

6. **No presentar discapacidad mental, física o sensorial debidamente acreditada que lo imposibilite para cumplir sus funciones. (...)**”

Una tercera observación que se desprende, también del caso concreto, es la **necesidad de que el CNM disponga de los medios necesarios para que las personas con discapacidad puedan realizar el examen escrito**. Esto, siempre y cuando (siguiendo a la Convención ONU) no exija al Estado una carga desproporcionada, de la cual ya hemos hablado y sobre la que se debe regular (aquí, el símil de la Comisión Multiprofesional de Brasil tendrá una importante labor). La propuesta de un asistente que ayude en la lectura de las preguntas así como las respuestas que brinde el o la postulante, o el uso del programa JAWS, muy bien pueden ser tomados en cuenta. Estas alternativas no hacen más que efectivizar el principio de Accesibilidad de la Convención ONU (artículo 3, literal f), el mismo que se conceptualiza de la siguiente forma:

#### “Artículo 9. Accesibilidad

---

<sup>19</sup> **Artículo 1, “Propósito”**.- (...) Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo **que, al interactuar con diversas barreras**, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. (...)"

Sobre este principio y las consecuencias que se originarían de no concretizarse, también habla el CONADE de Brasil:

"El principio de la accesibilidad determina que las concepciones de todos los espacios, formatos de productos y servicios deban **permitir que los ciudadanos con deficiencia puedan ser sus usuarios legítimos y dignos.** (...)

Sugerimos, pues, la reformulación del art. 79, § 2º, de la Resolución, de tal modo que los recursos de accesibilidad, tales como, pero no limitándose la prueba en braille y/o medio digital, lector, ordenador con software de lector de telas para archivos digitales, intérprete de Libras, entre otros, **sean puestos en disposición por el Estado, bajo pena de que esta disposición sea blanco futuro de interminables impugnaciones en los concursos públicos del país, observada la posibilidad del control de constitucionalidad,** (...)." Documento elaborado por CONADE, dirigido al Señor Ministro Joao Oreste Dalazen – Conselheiro, Presidente de la Comisión de Prerrogativas en la Carrera de la Magistratura del Consejo Nacional de Justicia. Página 5 – 6. Traducción propia. El subrayado es nuestro.

De acuerdo a lo anterior, se evidencia la necesidad de que en el proceso de selección y nombramiento de jueces, juezas y fiscales se realicen los "ajustes razonables" que sean necesarios para que las personas con discapacidad puedan postular en igualdad de condiciones, en las diversas etapas de este proceso. Pero estos ajustes razonables no sólo se han de realizar en el proceso de selección (de responsabilidad del Consejo Nacional de la Magistratura), sino también, en el propio Poder Judicial y Ministerio Público a fin de que puedan ejercer el cargo.

## CONCLUSIONES

1. El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), al separar del concurso de selección y nombramiento N° 002-2009-CNM "Macro Región Sur" al Sr. Edwin Béjar Rojas, señalando que a causa de su ceguera bilateral permanente no podía ejercer la función de fiscal adjunto provincial – Pool de Fiscales, cometió un acto de discriminación. La misma se efectivizó luego de que sea considerado como "apto" en el concurso, y antes de que se le impidiese dar el examen escrito.

2. La Convención de las Naciones Unidas adoptada en diciembre del 2006 fue ratificada por el Perú y entró en vigencia el 3 de mayo del 2008. Esta Convención presenta claros conceptos como “discriminación por motivos de discapacidad” y “ajustes razonables”, que han sido obviados por el CNM dentro de sus consideraciones para resolver la solicitud del Sr. Béjar para que se le otorgasen “facilidades” (o “ajustes razonables”) a fin de que pueda dar el examen escrito toda vez de que es un persona que tiene ceguera bilateral.
3. De acuerdo a la Convención ONU:
  1. La discapacidad está referida a la falta de goce de sus derechos a causa del entorno social en que se encuentra. No está referida a la persona en sí.
  2. Cualquier distinción basada en una discapacidad, es “discriminación por motivos de discapacidad”
  3. Es imprescindible tener en cuenta los principios de: inclusión, no discriminación, igualdad de oportunidades, respeto por la diferencia, entre otros.
  4. El Estado tiene la obligación de realizar diversas medidas para la protección de los derechos de las personas con discapacidad.
4. Como “discriminación por motivos de discapacidad”, la Convención ONU señala “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables” (artículo 2). El CNM, justificó la “separación” en una razón que indicaba como razonable y objetiva: la imposibilidad de realizar adecuadamente el desempeño de la función de fiscal adjunto provincial del Pool de fiscales al tener ceguera bilateral permanente. No obstante, su decisión no logra satisfacer el Test de Igualdad al existir otras medidas alternativas (sub principio de necesidad) que a la vez no perjudican los derechos de las personas con discapacidad a la igualdad en el acceso a la función pública, ni el derecho a un adecuado servicio de justicia. Ello, sin contar que esta medida alternativa significa realizar los denominados “ajustes razonables” que señala Convención ONU a la que está obligado el Perú.
5. La solicitud del Sr. Béjar, de que se le otorguen las facilidades necesarias para que pueda dar el examen escrito (primera evaluación del proceso de selección), no fue atendida por el CNM, a pesar de no significar una carga desproporcionada o irregular. Ello, le hace incurrir en una doble discriminación, pues no sólo separó del concurso de selección por motivos de discapacidad, sino que además se negó a realizar los “ajustes razonables” que solicitó el Sr. Béjar, de acuerdo al artículo 2 de

la Convención ONU (donde se señala que la misma denegación de realizar los ajustes razonables ya es un acto de discriminación).

6. El CNM, de esta forma, no sólo vulnera lo señalado en la Convención ONU, sino también en la Convención Americana de Derechos Humanos y nuestra propia Constitución, entre otros documentos jurídicos que nos obligan a la protección del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. Ello, hace arbitraria la decisión del Consejo, al no seguirse por las fuentes del derecho en materia de derechos humanos ni utilizar debidamente los principios de la interpretación constitucional (supremacía de la Constitución, bloque de constitucionalidad, principio *pro personae*, artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos).
7. Además del derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad, el Consejo vulnera los derechos al proyecto de vida, el acceso al trabajo, entre otros.
8. Es necesario que el Consejo Nacional de la Magistratura realice diversas modificaciones al proceso de selección y nombramiento a fin que las personas con discapacidad puedan participar del mismo en igualdad de condiciones. Teniendo en cuenta la Convención ONU, así como la experiencia de otros países (como Brasil), algunas de esas medidas son: (i) disponer de un asistente o del programa JAWS para poder llevar a cabo el examen escrito, (ii) conformar una comisión que tenga en cuenta las dificultades que se presenten en este proceso a las personas con discapacidad a fin de proponer medidas que remueva tales obstáculos, (iii) la capacidad de las personas con discapacidad, para ejercer el cargo al que postulan, deberá ser evaluada de acuerdo con las evaluaciones por las que pasan todos los postulantes, luego de las cuales se deberán analizar los “ajustes razonables” que deberán llevarse a cabo a fin de que la persona con discapacidad se desempeñe en su función adecuadamente.