

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

VOTO SINGULAR

Expediente : **2009-1890-0-1001JR-CI-3.**
Demandante : Edwin Romel Bejar Rojas.
Demandado : Consejo Nacional de la Magistratura.
Materia : Proceso de Amparo.
Procede : Tercer Juzgado Civil de Cusco.

Cusco, doce de enero
del dos mil diez.

VISTO. El presente proceso venido en apelación, el que suscribe, juez superior titular de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, se adhiere al voto emitido por el Juez Superior Vicente Amador Pinedo Coa, en mérito del cual emito el presente **VOTO SINGULAR** con los siguientes fundamentos:

ANTECEDENTES.

La pretensión impugnatoria y los argumentos del Consejo Nacional de la Magistratura.

El Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), pretende la revocatoria de la Sentencia argumentando lo siguiente:

Existe contravención a la Constitución Política del Perú (artículos 142, 150 y 154 de la Constitución Política).

Contravención a la *Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura* (artículo 2).

Contravención a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Exp. No. 10237-2006-PA/TC; Exp. Nº 01800-2008-PA/TC; Exp. Nº 5976-2006-PA/TC).

La sentencia adolece de error en el fondo (*error in iudicando*). En este sentido:

- a) Que el demandante solo espero tres días para informar su discapacidad.
- b) Que la juez desconoce que las etapas del proceso son preclusivas. En el caso, inclusive existe sustracción de la materia.
- c) Que el artículo 177 de la LOPJ, no ha sido derogado como concluye la jueza por, cuanto la Ley de la Carrera Judicial señala "No presentar discapacidad mental, física sensorial, debidamente acreditada, que lo imposibilite para cumplir con sus funciones".
- d) Que en documento de la fiscalía, se concluye que la actuación de los fiscales es básicamente operativa, por lo que el demandante debido a su discapacidad se encuentra imposibilitado de desempeñar sus funciones. La juez no es la llamada por ley a determinar las funciones que debe desempeñar un fiscal adjunto.
- e) Que en la resolución No. 138-2008-CNM en forma clara se señala el carácter personal del examen.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

- f) Que respecto al artículo 22 de la Constitución, señala que no toda diferenciación constituye un acto de discriminación
- g) Que el convenio sobre discriminación, señala que no se consideran medidas discriminatorias, las que se basan en calificaciones exigidas para un empleo determinado.

FUNDAMENTOS

I. Sobre la Contravención a la Constitución Política del Perú

1. Los argumentos del Apelante.

Las razones que el CNM, señala sobre el punto puede resumirse en lo siguiente:

- 1.1. La no revisabilidad en sede judicial de las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces (artículo 142 de la Constitución Política del Estado).
- 1.2. El CNM, como entidad independiente, es el órgano que se encarga de la selección y el nombramiento de los jueces y fiscales (artículo 150 de la C. P.).
- 1.3. Que es atribución del CNM el nombramiento, previo concurso público de méritos y evaluación persona, a los jueces y fiscales de todos los niveles, (art. 154 de la CP).

2. La interpretación del artículo 142 de la Constitución Política.

- 2.1. Una interpretación literal o gramatical del artículo 142 de la Constitución, en efecto, permite interpretar en el sentido de que las resoluciones del CNM son irrevisables.
- 2.2. La Interpretación del texto constitucional; sin embargo, no se agota en la interpretación literal, gramatical o textual (en la búsqueda del significado de las palabras, asumiendo directivas filológicas, semánticas etc.) sino, como señala el Tribunal constitucional, la interpretación del texto constitucional, implica asumir, principalmente los criterios de unidad y concordancia práctica¹.
- 2.3. De un modo mas explícito, sobre las limitaciones de la interpretación literal y la interpretación del artículo 142 de la constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el Exp. 1975-2003-AA:

"2. Como ya se expresó en el Expediente N.º 1941-2002-AA/TC² -caso Luis Felipe Almenara Bryson-, resulta objetable el raciocinio utilizado en sede judicial, para justificar la improcedencia declarada, renunciándose al deber de merituar, desde la perspectiva de cualquier juzgador constitucional, si la regla contenida en el artículo 142º de la Constitución admite una exclusiva y excluyente lectura. Las razones que sustentan esta afirmación son de dos tipos y conviene reiterarlas una vez más:

- a) El hecho de que una norma constitucional pueda ser analizada a partir de su contenido textual, no significa que la función del operador del Derecho se agote con un encasillamiento elemental o particularizado,

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

en el que se ignore o minimice los contenidos de otros dispositivos constitucionales, tanto más cuando resulta claro que aquellos resultan siendo no un simple complemento sino, en muchos casos, una obligada fuente de referencia por su relación o implicancia con el dispositivo examinado. Lo cierto es que las consideraciones sobre un determinado dispositivo constitucional sólo pueden darse cuando se desprenden de una interpretación integral de la Constitución, y no de una parte o de un sector de ella, como parecen entenderlo, erróneamente, los jueces de la jurisdicción ordinaria,

- b) Así, cuando el artículo 142° de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces, el presupuesto de validez de dicha afirmación reposa en la idea de que las funciones que le han sido conferidas a dicho organismo son ejercidas bajo los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no bajo otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. (...).

2.4. Bajo este contexto, podemos concluir preliminarmente:

- a) La interpretación del artículo 142 de la Constitución, no se agota en una interpretación textual, literal o gramatical; sino, que dicho texto, debe interpretarse principalmente bajo los criterios de interpretación constitucional de unidad y concordancia práctica.
- b) Que todo precepto constitucional (incluido el artículo 142 de la Constitución) se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana, previsto en el artículo 1 de la Constitución.
- c) Las irrevisabilidad de las Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, en el ejercicio de sus funciones (selección y el nombramiento de los jueces y fiscales), esta vinculada al supuesto del no quebrantamiento de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los principios esenciales que informan el ordenamiento constitucional.
- d) El ejercicio discrecional de la actividad de los consejeros, no puede servir como base para la vulneración de los derechos de los jueces y fiscales.

Dicho de otro modo, la interpretación de texto del artículo 142 de la Constitución Política, no constituye una invitación al voluntarismo o al ejercicio del poder arbitrario en las funciones encomendadas al Consejo Nacional de la Magistratura, ni de ningún otro órgano del Estado.³

- 2.5. Asumiendo, en consecuencia, que la Resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura, solo pueden ser revisadas, cuando afrenten los derechos fundamentales o valores constitucionales; debemos establecer, en el caso, si la decisión emitida por el Consejo Nacional de la Magistratura, ha vulnerado derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

- 2.6. En este sentido, de acuerdo al demandante, los derechos constitucionales vulnerados, que habilitarían la revisión de la decisión del CNM, son los siguientes:
- a) Violación del derecho a la igualdad y a no ser discriminado laboralmente por ser persona con discapacidad
 - b) Derecho a la protección del Estado a los discapacitados,
 - c) Violación al debido proceso

3. Sobre la discriminación

3.1. Como cuestión jurídica, en el caso, debemos establecer si la exclusión de una persona (declara apta inicialmente) por sufrir de discapacidad visual o ceguera bilateral permanente, para rendir su examen de conocimientos y en perspectiva (si aprueba los exámenes y alcanza el puntaje requerido) pueda ser nombrado fiscal adjunto, constituye un acto discriminatorio.

3.2. En principio el derecho-principio a la igualdad, esta consagrada en el artículo 2°, inciso 2, de la constitución. En este sentido:

* Toda persona tiene derecho: (...) A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole."

3.3. El Tribunal Constitucional, Supremo interprete de la constitución, ha respecto al señalado:

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

En cuanto constituye un derecho fundamental, el mandato correlativo derivado de aquél, respecto a los sujetos destinatarios de este derecho (Estado y particulares), será la *prohibición de discriminación*. Se trata, entonces, de la configuración de una prohibición de *intervención* en el mandato de igualdad. (Exp. 045-2004-PI/TC)

3.4. En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el principio de la igualdad, se ha pronunciado:

"En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre el descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico" Párrafo 184. OC parr. 110. (caso Yatama vs. Nicaragua)

"La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad del genero humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente al cual es incompatible toda situación que, por considerar

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que si reconocen a quienes no se encuentran incurso en tal situación de inferioridad" ((OC-4/84).

- 3.5. Sobre la idea de discriminación, refiere Maria Angeles Barreré:
"Discriminar es un verbo con dos sentidos diversos. Por un lado, en su sentido originario, significa simplemente distinguir o diferenciar, en este caso, el empleo del término es neutro, debido a que, en principio, efectuar distinciones o diferenciaciones (también entre personas) no tiene porque llevar aparejadas connotaciones positivas o negativas. Sin embargo "discriminar" también ha adquirido en la actualidad y especialmente en el discurso jurídico del siglo XX, connotaciones peyorativas que acercan su significado al de palabras como "parcialidad", "prejuicio", "favoritismo", "fanatismo" o "intolerancia". En esta última acepción "discriminar significará, si distinguir, o diferenciar, pero -dicho rápidamente- para mal o negativamente" en este caso el empleo del término es neutro".⁵
- 3.6. En este escenario, debemos afirmar que estaremos ante un trato discriminatorio cuando, sin una justificación objetiva y razonable, existe un tratamiento diferente a personas situadas en situaciones sustancialmente similares. De otro modo, la desigualdad, se tornara en discriminación, cuando tenga como sustento connotaciones peyorativas u odiosas o cuando, no este sustentada en bases objetivas y razonables⁶.
- 3.7. La igualdad como derecho fundamental, en esta perspectiva, le atribuye a la persona el derecho de exigir del Estado, el cumplimiento de los mandatos que se derivan del principio de igualdad o como señala nuestro Tribunal constitucional, el derecho a no ser discriminado.
- 3.8. Sin embargo, considerando la afirmación de Bernal Pulido⁷- quien señala que la prohibición de discriminación y el deber de promoción y de protección son normativamente indeterminados, en la medida que, por ejemplo nuestra constitución no señala con claridad todos los casos frente al cual podemos señalar que estamos ante un trato discriminatorio. No es posible establecer a priori y en todos los casos, cuando un trato diferenciado se convierte en discriminatorio.
- 3.9. De este modo, asumiendo que es discriminatorio el trato diferente o desigual a las personas cuando esta se realiza sin una justificación objetiva y razonable, debemos analizar si la decisión del CNM, al tratar desigualmente a un postulante al cargo de fiscal adjunto (pool de fiscales), tiene un sustento objetivo y razonable.
- 3.10. Los argumentos del CNM, inciden en señalar que la LOPJ y la Ley de Carrera Judicial, establecen una diferenciación entre los aspirantes, en razón a la existencia de una discapacidad visual que imposibilita el ejercicio de sus funciones propias de su cargo. Esta disposición -señala el CNM- contiene dos presupuestos: la existencia de discapacidad visual debidamente acreditada y que esa discapacidad imposibilite el ejercicio de las

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

funciones del cargo al que se postula. A juicio del CNM, los presupuestos de esa norma, son presupuestos objetivos, porque se basan en hechos que deben acontecer en la realidad.

- 3.11. El CNM, considera también que su decisión soporta el test de igualdad desarrollado por el Tribunal Constitucional.
- 3.12. Bajo este contexto, debemos subrayar, que lo que se tiene en cuenta para el despliegue de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, no es la intención del poder público, en el caso del CNM, sino el efecto adverso que sus actos originan⁸. Es decir, en el caso no se va a poner en cuestión si el CNM tuvo o no la intención de discriminar; sino, los efectos perniciosos en el demandante Edwin Romel Béjar.

4. El Test de igualdad del Tribunal Constitucional

- 4.1. En este contexto, para establecer si la decisión del CNM, constituye un acto de diferenciación o discriminación, acudiremos al test asumido por el Tribunal Constitucional. (Expediente 0045-2004-AI/TC)⁹:

No obstante, debemos señalar, que este no es único test. Así la Corte Constitucional colombiana, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EEUU (cláusula *equal protección*) utiliza un test distinto, sobre el que también nos pronunciaremos.¹⁰

4.2. La intervención en el principio de igualdad.

- a) En el caso en cuestión, para establecer la intervención en el principio de igualdad efectuada por CNM¹¹, debe observarse la existencia de dos grupos de postulantes al cargo de fiscal adjunto del pool de fiscales:
- Los postulantes al cargo de fiscal adjunto del pool de fiscales, que no adolecen de discapacidad
 - Los postulantes al cargo de fiscal adjunto del pool de fiscales que adolecen de discapacidad por ceguera bilateral permanente
- b) En este contexto, de acuerdo a la decisión del CNM la intervención en el principio de igualdad, debe ser asumida en el sentido siguiente: solo los postulantes al cargo de fiscal adjunto del pool de fiscales (que no adolecen de ceguera total permanente), pueden participar en el proceso de selección.
- c) El derecho o bien constitucional interviniente o el que justifica el establecimiento de la prohibición no ha sido mayormente desarrollada por el CNM; sin embargo, existe una mención a la misma: "aquellos fines legítimos como la justicia y la seguridad jurídica, resguardados y materializados en el ejercicio de las funciones de los fiscales" (el subrayado me corresponde).

Corte Superior de justicia de Cusco
Primera Sala Civil

- d) Asimismo, como advierte el instituto de Defensa Legal, que participa en calidad *Amicus curiae* en el presente proceso, existe además un bien constitucional interviniente: servicio adecuado de justicia.
- e) En la medida que estos derechos o valores constitucionales, no están presente de manera explícita en el texto constitucional, debemos señalar que estamos ante derechos y valores constitucionales de segundo grado¹²¹

4.3. Intensidad en la intervención en la igualdad

- a) Asumiendo los niveles de intensidad desarrollados por el Tribunal Constitucional¹³ (grave, media y leve) y las consecuencias que esta representa, consideramos que estamos ante una intervención de intensidad grave, en la medida que pone en cuestión los derechos-laborales de las personas con discapacidad, el derecho a la protección del estado y principio-derecho de dignidad humana.
- b) La calificación de la intensidad se sustenta en premisas de diversa naturaleza. Así, en valoraciones éticas, en datos científicos, en apreciaciones comúnmente aceptadas o generalizadas o, simplemente, en afirmaciones *plausibles*.¹⁴
- c) Para esta calificación debemos señalar también que la desigualdad basada en la discapacidad (criterio potencialmente discriminatorio); se ubica dentro las categorías sospechosas de discriminación.
- d) Dentro de estas apreciaciones, destaca lo señalado por Gorky Gonzales: "La interpretación atribuida a esta norma permite estigmatizar la discapacidad y al sujeto que la posee (...)"¹⁵

4.4. Finalidad del tratamiento diferenciado

- a) Considerando -como señala el Tribunal Constitucional- que el problema consiste en determinar si el tratamiento diferente que la ley ha configurado respecto a dos grupos de destinatarios tiene o promueve un objetivo y un fin constitucional¹⁶, o como explica Bernal Pulido, un fin inmediato y un fin mediato.
- b) A pesar de la dificultad que en el caso implica establecer el objeto y el fin constitucional y a la exigua argumentación aportada por las partes en el caso, analizaremos el caso a partir de la perspectiva del demandado y la referida por el *amicus curiae*
- c) En la perspectiva del CNM, **el objeto** (elemento fáctico) que se pretende con su decisión (sustentada en la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Carrera Judicial según el CNM) es la de tener una magistratura idónea que permita cumplir con la función asignada al sistema de justicia y el procurar garantizar el acceso a dichos cargos por quienes se encuentren debidamente preparados para desempeñarse en

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

la carrera judicial y cuenten con la capacidad física y mental acorde con las funciones del cargo.

- d) Respecto a la **finalidad** que se pretende realizar, el CNM hace mención a fines de segundo grado: la justicia, la seguridad jurídica, al que debemos agregar el adecuado servicio de justicia.
- e) Estos fines constitucionales, a nuestro juicio, son legítimos.

4.5. Examen de idoneidad o adecuación

Como refiere el Tribunal Constitucional, el examen de idoneidad, consiste en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional ¹⁷ La perspectiva desde el que efectuaremos este análisis es la perspectiva débil, y *ex ante* del CNM. ¹⁸

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.

En el caso, debemos desarrollar ambas fases, afirmando lo siguiente:

- a) Existe relación entre la exclusión de una persona discapacitada por ceguera total permanente (intervención en el derecho a la igualdad o prohibición a la discriminación) y el objetivo (magistratura idónea que permita cumplir con la función asignada al sistema de justicia ...)
No resulta difícil advertir en el caso, la existencia de una relación de causalidad entre la medida adoptada por el CNM y el Objeto.
- b) Existe relación entre una magistratura idónea (objetivo) y la finalidad de la intervención (Seguridad jurídica, justicia y adecuado servicio de justicia).

En el caso, existiendo varios fines, no es posible afirmar la existencia de una relación de idoneidad o adecuación a priori; sino analizando cada finalidad.

Sobre el fin justicia

- a) Como señalamos, el objeto de la intervención en el derecho de la igualdad, es el de tener una magistratura idónea que permita cumplir con la función asignada al sistema de justicia.
- b) De esta manera corresponde establecer la relación entre este objeto y el fin justicia.
- c) En este sentido, debemos señalar que aun cuando la idea del "valor justicia", es mencionada por nuestro Tribunal Constitucional y como tal puede ser admitido como principio que informa la constitución; sin embargo, no es posible dotarle de un contenido concreto.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

- d) Es decir, este fin "justicia" "valor justicia" resulta en la practica tan etéreo, abstracto y relativo que difícilmente pueden deducirse de este contenidos que permitan ser utilizados en el contexto del principio de proporcionalidad.¹⁹
- e) Así por ejemplo, las ideas de justicia desarrolladas por Aristóteles, Perelman y el propio Rawls²⁰, podían resultar no solo inadecuados, sino ajenas a los intentos de justificar la posición del demandado.
- f) En suma, dada esta imprecisión, no es posible establecer una relación de causalidad entre una magistratura idónea y el valor justicia. En todo caso, no esta claro que manifestación (regla) de justicia (como valor axiológico o manifestación axiológica) se pretende conseguir con esta intervención.
- g) Asimismo esta búsqueda del fin justicia, puede llevar más bien a una contradicción implícita, (asumiendo el primer principio de Rawls).
- h) En suma, al no advertir adecuación alguna entre la magistratura idónea y la justicia, (entendida como valor axiológico), el test respecto de este fin constitucional, al no adecuarse, ha concluido.

Sobre la seguridad jurídica

- a) Nuestro Tribunal Constitucional²¹, entiende que el Principio de Seguridad jurídica forma parte del Estado Constitucional de Derecho, señalando que: "El principio de la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho" .
- b) Gregorio Peces Barba²² en esta perspectiva, señala que lo que exige la seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho es la ausencia de arbitrariedad. Superada la concepción liberal de que era posible la aplicación mecánica del Derecho, actualmente la seguridad jurídica incluye nuevos elementos «que conducen a una autonomía en la labor del Juez y a un reconocimiento de su papel creador de normas en el seno del sistema, y que exigen el establecimiento de criterios generales y previos de interpretación, por razones de seguridad jurídica, que impidan y generen conclusiones homogéneas».
- c) En este contexto, considerando que la seguridad jurídica incluye a los poderes públicos (dentro del que esta el Ministerio Publico) existe una relación entre el objeto (magistratura idónea ...) y la seguridad jurídica.
- d) Dicho de otro modo, a través de una magistratura idónea, se puede lograr una mayor seguridad jurídica.

Sobre el adecuado servicio de justicia

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

- a) Al ser un fin de segundo grado, el adecuado servicio de justicia, no se encuentra explícitamente en la Constitución. El Tribunal constitucional, en este mismo, no ha desarrollado lo que podría implicar el contenido de este fin constitucional.
- b) Bajo este contexto, sin embargo, podemos entender por las referencias a este término (CERIAJUS, Acuerdo por la Justicia, etc.) que el propósito es el de dotar o mejorar la atención al usuario del servicio de justicia, desde la perspectiva de los derechos-principios constitucionales: Acceso a la justicia y tutela judicial efectiva.
- c) En esta perspectiva el objeto (magistratura idónea..) es adecuada para el fin perseguido (Adecuado servicio de justicia).
- d) Es decir, en el caso, existe una relación de causalidad entre una magistratura idónea y el fin constitucional perseguido: adecuado servicio de justicia.

4.6. Examen de Necesidad

- a) El Tribunal Constitucional debe establecer que bajo este test ha de analizarse si existen medios alternativos al optado por el legislador que no sean gravosos o, al menos, que lo sean en menor intensidad. Se trata del análisis de una *relación medio-medio*, esto es, de una comparación entre medios; el optado por el legislador y el o los hipotéticos que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Por esto, el o los medios hipotéticos alternativos han de ser igualmente idóneos.
- b) Debemos establecer que esta comparación se efectúa en relación al objeto. En el caso, el objeto o fin inmediato, como señalamos es el contar con una magistratura idónea.
- c) El medio propuesto por CNM para alcanzar este objeto es: la exclusión de los discapacitados con ceguera bifocal permanente para el cargo de magistrados.
- d) En consecuencia, en este ámbito, nos corresponde analizar si existen otros medios hipotéticos, igualmente idóneos, para alcanzar el objeto: una magistratura idónea.
- e) No es difícil encontrar otros medios, para lograr el objetivo. Así podemos mencionar alguno²³:
 - Rediseño en la evaluación del *curriculum vitae*, en consideración a excesiva formalidad que esta implica.
 - Adecuación entre el examen escrito y las competencias requeridas por un juez y su compromiso con los valores de un Estado Constitucional.
- f) La instrumentación de estos medios, en todo caso tiene, una menor intensidad en la intervención en el derecho a la igualdad o la prohibición de la discriminación (intervención leve). En todo caso, estos medios no se encuentra dentro de las categorías sospechosas de discriminación.

- g) No obstante esta pluralidad de medios hipotéticos que permitirían una magistratura idónea, desde la perspectiva del demandante Edwin Romel Béjar, cabe señalar la existencia de un medio para lograr el objeto (magistratura idónea): los denominados ajustes razonables, que permitan suplir algunas limitaciones del demandante.
- h) En suma, la decisión del CNM, al no soportar esta fase del proceso de ponderación, se constituye en una decisión inconstitucional y por tanto, no resulta necesaria acudir al análisis de la siguiente fase del test (ponderación en sentido estricto)

5. El Test de igualdad de la Corte Suprema de EE UU y el escrutinio estricto

- 5.1. El test de igualdad asumido por nuestro TC, (test de influencia europea) no es el único para determinar el principio de igualdad. En este sentido, La Corte Suprema de los EE UU, ha desarrollado un test de igualdad, que aplicaremos resumidamente al caso.
- 5.2. Este test tiene base en la cláusula *equalprotección*, prevista por la decima cuarta enmienda de la constitución de los EE UU y se funda en la existencia de distintos niveles de intensidad en los escrutinios o test de igualdad (estrictos, intermedios o débiles.)²⁴
- 5.3. Considerando que la diferenciación tiene origen en criterios sospechosos de discriminación (discapacidad), corresponde al caso el denominado Escrutinio estricto.

Análisis de idoneidad

- 5.4. Señala Bernal Pulido que el análisis de idoneidad "*no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto*". Será necesario que la medida "*sea realmente útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura*".
- 5.5. Las exigencias de idoneidad en el caso están constituidas por:
 - a) Que la medida persiga, ya no sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado (un *compelling interest*).
 - b) Que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a esta última exigencia, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea.
- 5.6. Asumiendo, en el caso que la medida dispuesta por el CNM (exclusión de un discapacitado con ceguera bifocal permanente) persigue un objetivo constitucionalmente imperioso para la sociedad y el estado, corresponde analizar, si la medida es realmente útil y siendo necesaria es la única o la más idónea.
- 5.7. El demandado, quien en función de la inversión de la carga de la prueba, debe acreditar sus afirmaciones; en principio no ha

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

formulado argumentación alguna al respecto. En este sentido, no existe argumentación del CNM (ni acreditación) respecto a que la medida adoptada sea la única, la más real y adecuada para los objetivos propuestos.

- 5.8. Al respecto, en consideración a algunos argumentos prácticos, debo asumir que la decisión del CNM para excluir al demandante del proceso de selección, no es realmente útil para alcanzar el adecuado servicio de justicia, para cuyo caso utilizaremos algunos argumentos de carácter práctico.
- a) No existe experiencia nacional, en el que realmente se haya acreditado que la actuación de un discapacitado podía constituir un "peligro" para una adecuada administración de justicia. En este sentido, cualquier decisión a priori, no tiene sustento empírico.
 - b) El Manual de funciones elaborado por la Fiscalía de la Nación, además de ser posterior a la decisión discriminatoria del CNM, en el caso no constituye un hecho empírico u objetivo.
 - c) Por el contrario, existen experiencias extranjeras que desvirtúan tal afirmación.²⁵ Un argumento de carácter práctico, como los reportados por estas experiencias (colombiana, brasileña), sin duda deja de lado cualquier especulación sobre el desempeño de personas con discapacidad visual bifocal permanente en el cargo de fiscal.
 - d) Que existe otras medidas -como señalamos al desarrollar el test anterior- para lograr los fines propuestos. En este sentido, la medida adoptada por el CNM no es la única ni la más adecuada.
- 5.9. En este contexto, considerando que la decisión del CNM no ha soportado el análisis de idoneidad, consideramos que la decisión del CNM resulta inconstitucional.

6. Sobre la contravención a los artículos 150 y 154 de la constitución

- 8.1. En el caso, se pone en cuestión si la sentencia, ha vulnerado las atribuciones del CNM sobre evaluación y nombramiento de jueces y fiscales.
- 8.2. En principio, el apelante no señala mayores argumentos respecto a la vulneración de estos artículos de la constitución.
- 8.3. Sin embargo, debemos establecer que la decisión de la juez, deja indemnes las atribuciones del CNM. Es decir, el órgano jurisdiccional no se ha sustituido en las atribuciones de la demanda; sino, ante una trasgresión del derecho a la igualdad, ha dispuesto que el CNM, en ejercicio de sus atribuciones, le tome el examen escrito al demandante (de similar grado de complejidad al tomado y con las facilidades técnicas para tal efecto de acuerdo a su condición de invidente) (...).

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

- 8.4. Por lo demás, al caso le es aplicable el principio de interdicción de la arbitrariedad. De este modo en todas las fases del proceso de selección, el CNM está en la obligación de respetar los derechos fundamentales.

II. Sobre la Contravención a la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura

9. El apelante, sostiene que la sentencia contraviene la Ley Organiza del Consejo Nacional de la Magistratura:

Artículo 2. Compete al Consejo Nacional de la Magistratura la selección, nombramiento, ratificación y destitución de los jueces y fiscales de todos los niveles, salvo cuando estos provenga de elección popular, en cuyo caso solo esta facultado para extender el título y aplicar la sanción de destitución cuando corresponda conforme a Ley

No son revisables en sede judicial las decisiones sobre materias a que se refiere el párrafo anterior. Sus decisiones son impugnables.

10. El Tribunal Constitucional ha desarrollado el principio de la interdicción de la arbitrariedad. En este sentido, las decisiones del CNM, no pueden estar exentas del control constitucional.
11. Los argumentos respecto a la "revisabilidad" excepcional de las decisiones del CNM están expuestas en la primera parte de este voto.
12. Finalmente, dentro de la interpretación sistemática, debemos asumir que las normas deben interpretarse de conformidad a la constitución. En el caso, esta norma debe ser interpretada de la manera expuesta.

III. Sobre la contravención a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

13. El apelante denuncia la trasgresión a la Jurisprudencia del Tribunal constitucional, señalando para el caso los siguientes expedientes:

13.1. Exp.No. 10237-2006-PA/TC

Declara improcedente la demanda, por considerar que las convocatorias a concurso público constituyen procesos de calificación y selección de personal de naturaleza temporal. Ello implica que tiene efectos cancelatorios respecto de las expectativas de los postulantes.

13.2. Exp.No.01800-2008-PA/TC

Declara Improcedente la demanda, contra el Consejo nacional de la Magistratura con el objeto de que se le asigne un puntaje
El TC declara que la inclusión de los postulantes en las entrevista personales son competencia exclusiva del CNM y no de la jurisdicción constitucional, salvo cuando en ejercicio de estas se evidencia una actuación que incida de modo irrazonable y desproporcionado en los derechos fundamentales (...).

13.3. Exp.No.5976-2006-PA/TC

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

Declara que de conformidad con el CNM este es el único órgano competente para nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación a los fiscales.

14. Sobre la sustracción de la materia

- 14.1. El Tribunal Constitucional, respecto a los procesos de selección ha señalado que esta tiene efectos cancelatorios respecto a los postulantes.
- 14.2. A este argumento debe sumarse además, el hecho de que el proceso de selección, en el que fue excluido el demandante, ha concluido de un modo "definitivo", tal como está publicada en la página WEB del CNM.
- 14.3. Asumiendo, en consecuencia lo señalado por el Tribunal Constitucional podría colegirse que, habiendo concluido, no solo la fase de la evaluación escrita; sino el proceso de evaluación y selección como tal, estaríamos ante una agresión irreparable y por tanto, debe declararse la improcedencia de la demanda, por sustracción de la materia.
- 14.4. Debemos asumir, en principio, que lo señalado en el Exp. No. 10237-2006-PA/TC, que le otorga efectos cancelatorios, a las distintas fases, no constituye precedente vinculante²⁶ y, en este sentido, su aplicación al caso no resulta obligatorio.
- 14.5. En este sentido, por lo menos en el caso, consideramos necesaria una revisión al concepto de agresión irreparable, hecho consumado, etc.
- 14.6. La idea o el concepto de irreparabilidad, forma parte de los conceptos indeterminados que frecuentan en el derecho. Denominaciones como estas, por ejemplo, se utilizan en la concesión de las medidas cautelares de innovar y no innovar y dan cuenta de la idea de irreparabilidad²⁷.
- 14.7. En este contexto, el Tribunal no ha desarrollado propiamente este concepto indeterminado. De esta manera, sigue en pie una pregunta de orden práctico. Es realmente irreparable la agresión al derecho fundamental de la prohibición de la discriminación, al concluir el proceso de selección y evaluación.
- 14.8. En el caso, considero que no estamos precisamente ante una agresión irreparable o un hecho consumado, en cuanto:
 - a) En principio, no han sido cubiertas las plazas a las que postulo Edwin Rommel Béjar. En este sentido, por lo que respecta al demandante, siguen existiendo plazas vacantes para la sede a la que postuló.
 - b) El hecho de disponer que se le evalúa al demandante, no generaría vulneración alguna en el derecho de los demás postulantes a su plaza toda vez que ninguno de ellos, fue declarado ganador del concurso.
 - ei) En un sentido fáctico, no resulta imposible que el CNM examine mediante el correspondiente examen escrito al demandado (asumiendo, por cierto que es un discapacitado visual) y, eventualmente, si es que alcanza

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

el puntaje requerido, pueda ser nombrado para el cargo al que se presentó.

- d) Frente a los costos o el esfuerzo que pudiera implicar la realización de una nueva evaluación para el demandante por parte del CNM, considero que un hecho lesivo de esta naturaleza, por lo que representa para los discapacitados (un grupo secularmente excluido), no puede convertirse para efectos de este proceso constitucional, en una agresión irreparable.

- 14.9. En este sentido, se ha pronunciado la novena sala de revisión de la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia T-1090/05 Acción de tutela instaurada por Johana Luz Acosta Romero contra los establecimientos de comercio La Carbonera LTDA y la discoteca QKA-YITO Lounge).

"En otros términos, no es posible admitir como hecho consumado ni sostener para el caso la carencia actual de objeto de la decisión judicial cuando todavía, mediante la sentencia, es posible restablecer la efectiva vigencia de los derechos fundamentales violados"

De tal manera, es necesario concluir que frente a una solicitud de amparo el juez debe establecer cuáles son los derechos fundamentales que se vulneran para luego definir si los efectos del hecho dañoso persisten, si son susceptibles de ser interrumpidos o, mejor, si existe alguna posibilidad fáctica de restablecer los derechos quebrantados."

- 14.10. En el caso, como señalamos, existe la posibilidad fáctica de restablecer el derecho vulnerado del demandante.

15. Sobre los Exp. № No. 01800-2008-PA/TC y Exp No. 5976-2006-PA/TC

- 15.1. Respecto al Exp. No. 01800-2008-PA/TC, se señala en efecto que la inclusión de los postulantes son de competencia del CNM; sin embargo, advierte una salvedad, cuando en ejercicio de estas se evidencia una actuación que incida de modo irrazonable y desproporcionado en los derechos fundamentales (...).

- 15.2. En caso como se analizó extensamente existe una actuación que incidió de modo irrazonable y desproporcionado en el derecho a la igualdad del demandado.

- 15.3. Sobre el Exp No. 5976-2006-PA/TC, señalamos anterior, que la decisión de la juez, no contraviene, ni se sustituye en las atribuciones del CNM.

- 15.4. En todo caso, a excepción del restablecimiento de los derechos del demandante por infracción a la constitución, en función, entre otros a la interdicción de la arbitrariedad, el CNM mantiene intactas sus atribuciones constitucionales.

IV. OTRAS CONSIDERACIONES.

El CNM, en su escrito de apelación, señala además algunas razones sobre el que debemos pronunciarnos.

16. Discriminación, Convenios e interpretación Constitucional

- 16.1. Aún, cuando la actuación del CNM respecto a la exclusión del demandante, no ha soportado el test de igualdad, en ambas versiones, debemos establecer además, que en el proceso interpretativo que condujo al CNM a la exclusión del demandante, se vulneraron los criterios interpretativos establecidos por nuestra Constitución y el Tribunal Constitucional.
- 16.2. En este sentido, existe la obligación de interpretar los textos normativos infraconstitucionales de conformidad con la Constitución y con los Tratados sobre Derechos Humanos.
- 16.3. En esta misma perspectiva, debemos establecer que el Tribunal Constitucional ha establecido parámetros interpretativos que debe observar el intérprete de la Constitución. A partir de este presupuesto, es lógico afirmar que estos parámetros, obligan también al intérprete del texto infraconstitucional.²⁸
- 16.4. En este sentido, El CNM tenía la obligación de interpretar las normas de la LOPJ y la Ley de Carrera Judicial, de acuerdo al convenio 111 de la OIT, suscritos por el Perú²⁹.
- 16.5. Asimismo, debemos establecer que nuestro país ha suscrito un conjunto de convenios respecto a personas con discapacidad, que obligan al Estado Peruano y en este sentido al CNM, entre otras:
 - a) Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
 - b) Convención Interamericana para la eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.
 - c) Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- 16.6. A partir de estos convenios, pueden establecerse algunos otros parámetros de interpretación. Así por ejemplo:
 - a) La causa de la discapacidad - desventaja, debe ser asumida por la sociedad y no por el individuo.
 - b) En este sentido, le corresponde a la sociedad eliminar las desventajas que implica la discapacidad y no precisamente al individuo o persona discapacitada.
- 16.7. De esta manera, en perspectiva del propio examen del que fue excluido el demandante y de la posibilidad de un eventual nombramiento, el CNM de la magistratura, debió considerar los denominados ajustes razonables, es decir la obligación del Estado de realizar las acciones necesarias para que las personas con discapacidades puedan realizar todo tipo de actividades.
- 16.8. Asimismo, asumiendo que el estado tiene el deber de promover estas medidas, los gastos que pudieran implicar estas medidas no pueden ser considerados excesivos o desproporcionados.
- 16.9. El contexto de este cambio de paradigmas, en la perspectiva del Estado, se ubica dentro del derecho antidiscriminatorio y la

denominada discriminación positiva (*reverse discrimination* o *afirmativ acción*).

17. La discriminación positiva y el desarrollo del principio de igualdad.

17.1. El principio de igualdad, no solo puede ser observada a través de la diferenciación negativa, como argumenta el CNM³⁰.

17.2. El Tribunal Constitucional, en el Exp. 0048-2004-PI/TC, se ha pronunciado al respecto.

Por otro lado, debe tenerse en consideración que el Estado en algunas oportunidades promueve el trato diferenciado de un determinado grupo social, otorgándoles ventajas, incentivos o, en general, tratamientos más favorables. Esto es lo que en doctrina constitucional se conoce como "discriminación positiva o acción positiva *-affirmative action-*". La finalidad de esta acción afirmativa no es otra que compensar jurídicamente a grupos para que puedan superar la inferioridad real en la que se encuentran con acciones concretas del Estado.

17.3. Dworkin, advierte en este sentido: "debemos tener cuidado de no usar la cláusula de igual protección para privarnos de la igualdad"³¹.

17.4. Consideremos entonces, desde una perspectiva general, que la discriminación esta vinculada a la concepción aristotélica que puede ser representada por un tratamiento igual de los desiguales o desigual de los iguales. Incidiendo además que esta diferenciación tiene como punto de partida el establecimiento de desigualdades odiosas (raza, religión, etc.).

17.5. En este orden de cosa para Ma. Barreré³² La discriminación positiva, o discriminación inversa (*reverse discrimination*), en el ámbito del derecho antidiscriminatorio se empieza a utilizar cuando, en un contexto de competitividad por un bien escaso, se aplican planes o medidas concretas de integración en los que se prevén tratos diferenciado dependiendo del grupo de pertenencia de los individuos que no pertenecen a los grupos subordinados, se consideran "discriminados" por esas medidas (de las del tipo cuotas", reserva de plazas, asignación preferencia de puntos, etc.) y plantean las correspondientes demandadas ante los tribunales.

17.6. Los discapacitados, dentro de ellos los discapacitados con ceguera bifocal permanente, por lo general ha constituido parte de esos grupos de personas tradicionalmente discriminados por las propias acciones estatales. En este sentido, por ejemplo, El texto de LOPJ, los excluía *a priori*, como candidatos potenciales al cargo de Juez o fiscal.

17.7. Hechos como este, han generado el denominado derecho antidiscriminatorio. En nuestro país, el propósito no solo es disminuir las condiciones de desventaja en el que se encuentran; sino, dentro del contexto de exclusión, incluir a estos sectores tradicionalmente ninguneados e invisibles en el escenario laboral en el Perú.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

- 17.8. Lo convenios celebrados por nuestro país respecto a los discapacitados, y mencionados anteriormente inciden en este hecho.
- 17.9. A modo de conclusión, refiere Peces Barba³³, "Esta es la igualdad que legitima el Estado Social y la que debe impedir que una gran mayoría de ciudadanos "no pueda desplegar sus potencialidades, ni usar a plenitud la libertad social, política y jurídica y, por consiguiente, frustrar su proyecto vital o hacer con un esfuerzo heroico que no es exigible para el hombre normal"

18. La interpretación de la ley de carrera judicial

- 18.1. El CNM, señala que el artículo 177 de la LOPJ, no ha sido derogado como concluye la jueza por, cuanto la Ley de la Carrera Judicial contempla la misma prohibición.

Ley de Carrera Judicial

Artículo 4.- Requisitos generales para acceder y permanecer en la cañera judicial.

Son requisitos generales para el ingreso y permanencia en la carrera judicial:

(...)

6. No presentar discapacidad mental, física o sensorial debidamente acreditada, que lo imposibilite para cumplir con sus funciones,

- 18.2. En el caso, debe tenerse en cuenta que, a diferencia de la Ley anterior, los requisitos para acceder a la Carrera Judicial, previsto por la Ley de Carrera Judicial están vinculados a dos supuestos:
- a) Discapacidad sensorial debidamente acreditada.
 - b) Que esta incapacidad lo imposibilite para cumplir sus funciones.
- 18.3. Aun cuando podamos asumir que la discapacidad sensorial ha sido debidamente acreditada; sin embargo, no se ha acreditado que esta incapacidad lo imposibilite para cumplir sus funciones.
- 18.4. Es decir, no existe medio probatorio o experiencia empírica que permita establecer que un discapacitado con ceguera bifocal permanente este imposibilitado para cumplir sus funciones. El Manual de Funciones del Pool de fiscales, elaborado por el Ministerio Público, no constituye en este sentido un hecho práctico y en todo caso, siendo un instrumento normativo, debe ser interpretado de conformidad a la constitución y a los convenios y tratados al respecto.
- 18.5. Por el contrario, existen experiencias (el nombramiento de fiscales en Colombia y el nombramiento de un juez en Brasil, ambos con ceguera bifocal permanente) que permiten deducir que los discapacitados con ceguera visual permanente no están imposibilitados para cumplir sus funciones.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

- 18.6. En este sentido, la decisión del CNM, ha sido una decisión a priori, y que en esta perspectiva, no solo -como desarrollamos anteriormente ha vulnerado el principio de igualdad; sino también el principio del debido proceso, al no señalarle las razones de su exclusión, en un termino razonable y no otorgarle un plazo razonable para que el demandante pueda ejercer su derecho de defensa.
- 18.7. En cualquier caso, existía obligación del CNM de interpretar la citada norma de conformidad a la Constitución y a los tratados y convenios internacionales al respecto.

19. Sobre el examen personal y la brevedad de la comunicación de la incapacidad.

- 19.1. El apelante CNM, señala que la resolución No. 138-2008-CNM en forma clara señala el carácter personal del examen. Bajo estos argumentos, Incide el CNM, que no era posible prestarle asistencia alguna al demandante para que pudiera dar su examen.
- 19.2. En este sentido, no debemos perder de vista que la igualdad no consiste únicamente en tratar igual a los iguales; sino como señala Alexy³⁴: "Hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual"(...) ^" simetría de esta formulación sugiere interpretar el mandato de tratamiento desigual de la misma manera que el tratamiento igual es decir:
"Si no hay razón suficiente para la permisión de un tratamiento igual, entonces esta ordenado un trato desigual"
- 19.3. Bajo este contexto, exigir que el demandante Edwin Romel Béjar pueda dar su evaluación escrita, en la forma convencional en que ha sido preparada, en forma personal, constituye un despropósito, porque implicaría en principio, no asumir su especial situación de discapacidad y en todo caso exigirle un esfuerzo sobrenatural, no exigible al resto de los humanos.
- 19.4. En cualquier caso, el contenido de la Resolución No. 138-2008-CNM, debe subordinarse, al principio de igualdad y al tratamiento desigual a los desiguales.
- 19.5. Una interpretación en otro sentido, resulta agravante a nuestra Constitución Política, por lo que la citada norma debe interpretarse de un modo sistemático. En el caso, de conformidad a la constitución.
- * 19.6. Sobre la comunicación con una anticipación de tres días, debemos establecer que el demandante, al momento de su inscripción, puso en conocimiento de su discapacidad y como tal fue considerado apto. De este modo el CNM tenía conocimiento de esta discapacidad y el tiempo razonable para procurar algún medio técnico para que el demandante pueda dar su examen.
- 19.7. Para el caso, debieron aplicarse los denominados ajustes razonables, es decir debieron adoptarse las acciones necesarias para que el discapacitado, pueda rendir su examen. Los gastos,

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

en que hubiera incurrido el CNM al respecto, estaban lejos de ser considerados desproporcionados.

VOTO.

Por estas consideraciones, mi voto es de adhesión al voto emitido por el doctor Vicente Pinedo Coa, que dispone:

SE CONFIRME la resolución No. 26 (fojas 692), que contiene la SENTENCIA de fecha 06 de noviembre del 2009 que declara FUNDADA la demanda; en consecuencia, NULO el acuerdo adoptado en la Sesión Plenaria Ordinaria del CNM del 15 de julio del 2009. ..(sic).

SE REVOQUE la misma sentencia, en el extremo del fallo que ORDENA, sin paralizar la secuencia del proceso de selección, se le tome un examen escrito al demandante...(sic); y conforme al resultado de éste, incorporar al demandante al indicado proceso en el estado en que se encuentre y si acaso ya se hubiera fijado la fecha de entrevistas, se le brinde también la posibilidad de ser entrevistado, previa calificación de su hoja de vida. Reformando dicho extremo

DISPUSIERON que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), habilite fecha y hora para que el demandante Edwin Romel BEJAR ROJAS, en calidad de postulante del Concurso Público de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales, materia de la Convocatoria descentralizada No. 002-2009-CNM, rinda su examen escrito; y de aprobar el mismo, continúe con las demás etapas del concurso, con las consecuencias respectivas de dicha convocatoria.

DISPUSIERON en virtud a la 4DF del Código Procesal Constitucional, la publicación de la presente sentencia.

Asimismo señalo estar de acuerdo con los demás extremos de la ponencia del Doctor Pinedo Coa.

S.

WILBER BUSTAMANTE DEL CASTILLO
Vocal Superior

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

¹ En la perspectiva del Tribunal Constitucional, debemos establecer que los principales criterios de interpretación constitucional, son los de unidad y concordancia práctica. Así señala el Tribunal Constitucional. (Exp. No. 2730-2006-PA/TC)

"6. La Constitución contiene una serie de disposiciones entre las que existe una "aparente" contradicción (vg. 2° 1 y 140°, 2° 2 y 103°, 139° 2 y 200° 2, entre otras), por lo que su interpretación aislada, conducirá inevitablemente, a resultados incompatibles con su postulado unitario y sistemático. Es por ello que los principales criterios de interpretación constitucional son los de *unidad y concordancia práctica*, el primero de los cuales exige concebir a la Constitución como un todo plenamente armónico e internamente coherente, y el segundo, resolver toda aparente tensión entre sus disposiciones "optimizando" su contenido normativo en conjunto, teniendo presente que, en última instancia, todo precepto constitucional se encuentra orientado a proteger los derechos fundamentales como manifestaciones del principio-derecho de dignidad humana (artículo I° de la Constitución)." El "producto" resultante de realizar una interpretación aislada de los artículos 142°¹ y 181°¹ de la Constitución se opone a los referidos criterios y, consecuentemente, contraviene el artículo I° de la Constitución, pues, en aras de salvaguardar la seguridad jurídica, se despoja de toda protección jurisdiccional a los derechos fundamentales que puedan resultar afectados por las resoluciones del JNE.

² Esta Sentencia ha sido objeto de un *prospective overruling*, respecto del criterio de ratificación, como puede observarse en el Exp. 3361-2004-AA.

³ Exp. 3361-2004-AA, en el que el tribunal Constitucional evaluara un *prospective overruling* respecto al criterio de ratificación de la Sentencia señalada en el punto anterior, ha señalado lo siguiente, sobre la discrecionalidad de los Consejeros:

"Y si bien se presenta como claro e interesante que exista una discrecionalidad en la actividad de los consejeros (como la tiene cualquier juzgador), ello no puede servir como base para la vulneración de los derechos de los jueces y fiscales; antes bien, sus resoluciones deben estar sometidas a criterios jurídicos que reflejen los valores, principios y derechos que la Constitución reconoce.

Por tanto, según el fundamento 36 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0090-2004-AA,

Este Colegiado concluye en que el control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad.

La línea que se acaba de mostrar no es novedosa en jurisprudencia comparada. Según la Sentencia Diez c/ Catán, 310: 1698, de la Corte Suprema estadounidense, las resoluciones (...) con apoyo en razones subjetivas (...) llevan ínsito un claro voluntarismo sobre el tema, que permite descalificar las conclusiones a tenor de la doctrina de la arbitrariedad. De esta manera, se ha llegado a señalar que una discrecionalidad demasiado fuerte puede llegar a la pura arbitrariedad."

(El subrayado me corresponde)

⁴ De acuerdo al Tribunal Constitucional, la "igualdad ante la ley" tiene dos manifestaciones: igualdad "en la ley" e igualdad "en la Aplicación de la ley" (Exp. 0023-2005-PI/TC)

60. El principio-derecho de igualdad, a su vez, advierte dos manifestaciones relevantes: la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley. La primera manifestación (igualdad en la ley) constituye un límite al legislador, en tanto la actividad legiferante deberá estar encaminada a respetar la igualdad, encontrándose vedado establecer diferenciaciones basadas en criterios irrazonables y desproporcionados. En otros términos, el actuar del legislador tiene como límite el principio de igualdad, en tanto que dicho principio le exige que las relaciones y situaciones jurídicas determinadas que vaya a determinar deban garantizar un trato igual y sin discriminaciones.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

61. De otro lado, se encuentra la igualdad "en la aplicación de la ley". Si bien esta segunda manifestación del principio de igualdad no será examinada en el presente caso, cabe mencionar, de modo referencial, que se configura como límite al actuar de órganos públicos, tales como los jurisdiccionales y administrativos. Exige que estos, al momento de aplicar la ley, no deban realizar tratos diferentes entre casos que son sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentren en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.

⁵ Citada por BUSTAMANTE DEL CASTILLO, Wilber. *Entre Cobrizos y bronceados: Una visión Regional de Acceso a la Justicia. Primer Concurso Nacional de Ensayos Jurídicos.* Publicación Academia de la Magistratura. Lima 2009. p. 123.

⁶ Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribiera todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable⁶¹ La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.

(Exp. 0048-2004- PI/ TC)

⁷ En; BERNAL PULIDO, Carlos. *El juicio de la igualdad en la Jurisprudencia en la Corte Constitucional Colombiana*, p. 3

En:

<http://190.41.250.J73/rij/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>

⁸ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad..* p. 660.

9

ESTRUCTURA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN EL ANÁLISIS DE LA INFRACCIÓN DE LA IGUALDAD

33. Este principio ha de emplearse a través de sus tres subprincipios, de idoneidad, necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Conforme a esto, los pasos que se han de efectuar para ello son los siguientes:

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

¹⁰ En; BERNAL PULIDO, Carlos. *El juicio de la igualdad en la Jurisprudencia en la Corte Constitucional Colombiana*, p. 8

¹¹ Ley de Carrera Judicial

Artículo 4.- Requisitos generales para acceder y permanecer en la carrera judicial, son requisitos generales para el ingreso y permanencia en la carrera judicial:

(...)

6. No presentar discapacidad mental, física o sensorial debidamente acreditada, que lo imposibilite para cumplir con sus funciones,

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

^Señala Bernal Pulido, en referencia a la constitución española: "Por ultimo, las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, pueden fomentar legítimamente la realización de principios constitucionales de segundo grado. Los principios constitucionales de segundo grado, son fines que a pesar de no aparecer en el texto constitucional, pueden fundamentar las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales, cuando el Legislador pretende realizarlos en ejercicio de una reserva específica de ley o de alguna de las reservas generales de los artículos 53.1 y 81. 1 CE"

En: BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios políticos constitucionales Madrid 2003. p. 706

is Exp. 00045-2004-PI/TC :

36. La relevancia de la determinación de la intensidad de la intervención en la igualdad radica en que se trata de una variable a ser empleada en el análisis del principio de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, por una parte, en el análisis del subprincipio de necesidad se ha de proceder a una comparación entre las intensidades de la intervención del medio adoptado por el legislador y del medio hipotético para, según ello, examinar si este último es de menor intensidad o no respecto al primero. Por otra parte, en el examen de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, la intensidad de la intervención en la igualdad constituye una variable que ha de compararse con la intensidad o grado de realización u optimización del fin constitucional.

¹⁴ ESCALANTE MENDOZA Mijail. *Ponderación, test de necesidad e "intensidad" de la intervención de derechos fundamentales*.

En: **hit, p:** [//www.consultoriaconstitucional.com/articulos/pdf/iv/ponderacion.pdf](http://www.consultoriaconstitucional.com/articulos/pdf/iv/ponderacion.pdf)

¹⁵ GONZALES MANTILLA, Gorky. *Los Jueces*. Ed. Palestra. Lima 2009. p. 334- 355

Asimismo, asumiendo que uno de los criterios de calificación para la intensidad de la intervención, son las apreciaciones comúnmente aceptadas, debemos señalar algunas opiniones que dan una muestra de este hecho.

Debe citarse para el caso las voces de Wilfredo Ardito, el pronunciamiento del Congreso de la República, de la propia Defensoría del Pueblo, organizaciones de discapacitados, etc. , que aparecen en el expediente, que permiten obtener una opinión comúnmente aceptada, acerca de una situación de discriminación de intensidad grave.

Por el contrario, es difícil encontrar voces que apoyen la decisión del CNM.

¹⁶ "El objetivo es el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende conformar a través del tratamiento diferenciado. La finalidad 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" (Exp.No.00045-2004-PI/TC)

Mijail Escalante, dentro de este contexto, señala:

La finalidad comprende el fin y el objetivo de la intervención. Esta variable denota la razón que justifica o pretende justificar la intervención en el derecho a la igualdad. Es aludida usualmente cuando se inquiriere sobre la *razón o motivo objetivo y razonable* que justifica un tratamiento diferente. (...) El fin alude siempre a un elemento normativo, el objetivo a un elemento táctico. (El subrayado es nuestro)

En: MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Op. Cit.* -

¹⁷ De acuerdo al Tribunal Constitucional (Exp 0048-2005-PI/TC)

"La idoneidad consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una *relación medio-fin*". Tratándose del análisis de una intervención en la prohibición de discriminación, el análisis consistirá en examinar si el tratamiento diferenciado adoptado por el legislador conduce a la consecución de un fin constitucional. En caso de que el tratamiento diferenciado no sea idóneo, será inconstitucional.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

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.

¹⁸ El objetivo de este examen es precisar si de acuerdo a los conocimientos existentes en el momento en que se tomo la decisión del CNM, este hubiera podido avizorar la ineptitud de la medida para contribuir a la obtención de su objetivo inmediato.

Ver: BERNAL PULIDO, Carlos. *Op. Cit* 728-729.

¹⁹ Ver BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de proporcionalidad.... P.* 599.

²⁰ Sobre los principios justicia, por ejemplo: señala Rawls

Estos principios aseguran la asignación de derechos y deberes, y regulan dos aspectos cruciales: a) Las libertades y b) las desigualdades

Primer Principio: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Libertades básicas: Libertad política (derecho al voto); libertad de expresión y reunión; libertad de conciencia y pensamiento; libertad personal (frente a la opresión psicológica o agresión física); integridad de la persona; derecho a la propiedad personal, y libertad frente al arresto y detención arbitrarios

Todo esto debe ser igualitario

Segundo Principio: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que. a la vez. a) Se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, y b) se vinculen a empleos y cargos asequibles a todos. (Principio de diferencia)

Trata de la distribución del ingreso y la riqueza y del diseño de organizaciones que hagan uso de las diferencias de autoridad y responsabilidad, conforma a sus partes a) y b).

Ver RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica. México 1985. p. 75-82.

²¹ "El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional Español, la seguridad jurídica supone "La expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991. FJ 5). El Principio *in comento* no solo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del *statu quo*, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal. (Exp. No 0016-2002-A1/TC)

²² Citado por GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *Igualdad, discriminación y diferencia en al Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas En. <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream./10016/1408/1/DyL-2001-VI-10-Garriga-Dominguez.prif>

²³ Resulta importante tomar en consideración la observación a las deficiencias que desarrolla Gorky Gonzáles, sobre la elección de los futuros magistrados, a partir del que pueden establecerse algunas recetas que impliquen la búsqueda de la idoneidad de los magistrados del Poder Judicial.

GONZALES MANTILLA, Gorky. *Op Cit* p. 283 ss.

Son también importantes las reflexiones efectuadas por el Doctor Ricardo la Hoz Lora acerca de la búsqueda de la idoneidad y los factores que contribuyen en esta.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

Ver: LA HOZ LORA, Ricardo. *El Consejo Nacional de la Magistratura y su rol en la transformación de la justicia en el Perú.*

<http://www.cnm.gob.pe/cnm/archivos/puf/ponencias/LAII.pdf>

²⁴ Esta es la base del test de igualdad en la perspectiva norteamericana.

- **Escrutinio débil.** El escrutinio débil, llamado también "*rational basis-Test*", representa la fórmula más tradicional para la aplicación del principio de igualdad en el Derecho norteamericano. En aras de respetar las exigencias del principio democrático, este escrutinio se aplica por regla general, aunque los ámbitos más comunes en que se lleva a la práctica, son aquellos que deparan al Legislador un ámbito de apreciación de contornos extensos, como, por ejemplo, la economía.

Según el escrutinio débil, para que un acto jurídico sea declarado constitucional, basta que el trato diferente que se enjuicia, sea una medida "*potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento jurídico*". El escrutinio débil, entonces, consta de dos exigencias: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo. En este sentido, una diferenciación es inconstitucional, si su objetivo está prohibido por la Constitución o si ella es manifiestamente inadecuada para alcanzarlo.

- **Escrutinio estricto.** El escrutinio estricto es el elemento más importante de la llamada "*nueva*" jurisprudencia norteamericana sobre el principio de igualdad, que comenzó a gestarse a partir del final de los años sesenta. El surgimiento de este segundo escrutinio respondió a la constatación de que el "*rational basis-Test*" no era un instrumento adecuado para enjuiciar las medidas de diferenciación que afectaban a grupos o intereses que habían sido discriminados tradicionalmente y que, por tal causa, merecían recibir una protección especial por parte del Estado. Por esta razón, este segundo escrutinio debe aplicarse cuando una diferenciación se fundamente en criterios "*sospechosos*" como la raza o -de acuerdo con la tendencia jurisprudencial expansiva que se conoció en Estados Unidos durante la década de los setenta- la condición social, la orientación sexual, la edad o la **minusvalía**.

(...). Más recientemente, la Corte (colombiana) ha señalado que además de estos tres tipos de criterios, también son potencialmente discriminatorias aquellas diferenciaciones que (1) "*se funden en rasgos permanentes de las personas de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia a riesgo de perder su identidad*"; (2) aquellas que afecten a grupos históricamente sometidos a menosprecio y prácticas discriminatorias; y (3) aquellas que se funden en criterios que por sí mismos no posibiliten efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales.

En los casos de escrutinio estricto, para que el tratamiento diferente de un destinatario o de un grupo esté justificado, "*debe constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso*". Esto quiere decir que el escrutinio estricto también somete la constitucionalidad de las medidas que establecen tratos diferentes, al cumplimiento de dos exigencias: (1) que la medida persiga, ya no sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso o un objetivo imperioso para la sociedad y para el Estado (un *compelling interest*) y que (2) la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo. En lo que concierne a esta última exigencia, la medida no debe ser sólo potencialmente adecuada, sino necesaria para alcanzar el fin: la única o la más idónea.

La aplicación de estas dos exigencias estrictas hace que el escrutinio estricto deba ser sólo una excepción, aplicable a los ámbitos mencionados, en donde los poderes del Estado no disponen de amplios márgenes de apreciación o de decisión.

Asimismo, en el escrutinio estricto tiene lugar una inversión de la carga de la prueba y de la argumentación: mientras la medida *sub examine* no reciba una justificación atendible, "*se mantiene la presunción de trato inequitativo*".

- **Escrutinio intermedio.** El último de los escrutinios, desarrollado por el Tribunal Supremo norteamericano desde mediados de los años setenta, es el escrutinio intermedio.

Este último tipo pretende ser una categoría que se sitúa entre el escrutinio estricto y el débil, y que se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. Se trata de los casos de "*afirmativ action*".

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

Ver Bernal PULIDO, Carlos. *El Juicio de la igualdad en la Jurisprudencia en la Corte Constitucional Colombiana*

En;

<http://190.43.250.173/nj/bases/nodiscriminacion/BERNAL.PDF>

²⁵ En el caso, considerando la circulación de modelos jurídicos desarrollada por Sacco y al carácter globalizante de los derechos humanos, debemos asumir como adaptables a nuestra realidad la experiencia colombiana y los reportes sobre el desempeño de los Fiscales con ceguera bifocal permanente. Ocurre lo mismo, con la experiencia Brasileña y las de otras latitudes, del que no se ha reportado que la ceguera bifocal permanente sean causa de la falta de idoneidad de los magistrados o que estas no sean las medidas idóneas para un adecuado servicio de justicia.

²⁶ Artículo VIL-Precedente

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

²⁷ Así por ejemplo Proto Pisani, en el contexto de medidas cautelares, explica que la identificación de la irreparabilidad del daño puede darse a partir de dos perspectivas: si el daño consiste en la destrucción de un bien material infungible o si el daño consiste en la lesión de un interés no patrimonial del titular del derecho, es decir, un interés no pasible de ser tutelado adecuadamente a través del equivalente monetario.

Citado por PRIORI POSADA, Giovanni. *Aproximación crítica a los presupuestos para la concesión de las medidas cautelares*. En materiales de Enseñanza de la Maestría en Derecho con mención en política jurisdiccional. Tercer semestre Lima 2007. p. 73.

²⁸ Código Procesal Constitucional

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales

El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

²⁸ Expediente 08200-2005-AA

2. El inciso 2° del artículo 2° de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. Asimismo, según lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución; el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los artículos 26°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; I° y 24°, de la Convención Americana de Derechos Humanos; 3°, del Protocolo de San Salvador, y I° y 3°, del Convenio N.° 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, todos ellos ratificados por el Perú, que constituyen parámetro de interpretación constitucional, se proscriben cualquier trato discriminatorio.
3. En ese sentido, el artículo I° del Convenio N.° 111 de la OIT dispone:
 1. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
 - a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
 - b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación (...)

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

3. A los efectos de este Convenio, los términos *empleo* y *ocupación* incluyen tanto el acceso a los medios de formación profesional y la admisión en el empleo y en las diversas ocupaciones como también las condiciones de trabajo," (subrayado agregado).
4. Del mismo modo, que el numeral 2° de los Principios y Derechos fundamentales de la OIT dispone que los miembros de la mencionada organización internacional, entre los que se encuentra el Estado Peruano, tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

³⁰ Al respecto debe tomarse en cuenta lo desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: "La Sentencia que el Tribunal últimamente cita como leading-case de esta doctrina es Willis contra Reino Unido, de 11 de septiembre de 2.002(6). En un célebre caso, Thlimmenos contra Grecia, de 6 de abril de 2.000, el Tribunal parece acoger también la denominada "discriminación por indiferenciación", es decir, la existencia de discriminación cuando los Estados no traten de modo diferente, sin una justificación objetiva y razonable, a personas cuyas situaciones son sustancialmente distintas. Por tanto, habría discriminación cuando no se trata jurídicamente igual a los iguales, pero también cuando no se trata de modo distinto a los desigualmente situados. Sin embargo, esta última doctrina, que exigiría tratar jurídicamente mejor a cualquiera que, en una situación comparable, esté de hecho peor (y, por tanto, que consagraría un principio, por así decir, activo del Estado social y de la igualdad de oportunidades) no parece estar consolidada en el Tribunal, pues sólo la aplicó en el citado asunto Thlimmenos, yo creo que únicamente para alcanzar una solución justa en ese caso[7]. Más allá de él, no le aventuro un gran futuro." (el subrayado es nuestro)

En: REY MARTÍNEZ, Fernando. La discriminación racial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

31DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona 1989. p. 348.

³² BARRERÉ UNZUETA, Ma. Angeles. *Marco Legal de la Igualdad*. En Materiales de Enseñanza de la Universidad del País Vasco, p. 8-9.

³³ Citado por GARRIGA DOMÍNGUEZ, Ana. *Op. Cit.*

³⁴ ALEXY Robert. *Teoría de los Derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1997. P. 396 s

VOTO

PROCESO N.º : 2009-1890

Ponente : PINEDO COA

**Cusco, veintiocho de diciembre
del dos mil nueve.-**

1. VISTOS:

En audiencia pública el proceso de Amparo seguido por Edwin Romel BEJAR ROJAS con el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM en adelante) sobre violación de derechos constitucionales. Con el informe oral de los señores Abogados Anibal TORRES VASQUEZ, Alberto BERGER VIGUERAS y el propio demandante como Abogado.-

1.1. **Resoluciones apeladas**

- a) Resolución No. 01 (fojas 121), de fecha 17 de julio del 2009, que resuelve ADMITIR a trámite la demanda mediante el proceso de amparo; en APELACIÓN DIFERIDA.-

Se revisa por impugnación del Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del CNM (fojas 267), solicitando la NULIDAD de la apelada; por tanto, se declare IMPROCEDENTE la demanda.-

- b) Resolución No. 11 (fojas 349), de fecha 28 de setiembre del 2009, que declara INFUNDADA la excepción de **falta de agotamiento de la vía administrativa** (FAVA en adelante), propuesta por el Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del CNM; en APELACIÓN DIFERIDA.-

Se revisa por impugnación del Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del CNM (fojas 427), solicitando la REVOCATORIA de la apelada.-

- c) Resolución No. 26 (fojas 692), que contiene la SENTENCIA de fecha 06 de noviembre del 2009 que declara FUNDADA la demanda; en consecuencia, NULO el acuerdo adoptado en la Sesión Plenaria Ordinaria del CNM del 15 de julio del 2009...(sic); y ORDENA, sin paralizar la secuencia del proceso de selección, se le tome un examen

escrito al demandante...(sic); y conforme al resultado de éste, incorporar al demandante al indicado proceso en el estado en que se encuentre y si acaso ya se hubiera fijado la fecha de entrevistas, se le brinde también la posibilidad de ser entrevistado, previa calificación de su hoja de vida.-

Se revisa por impugnación del Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del CNM (fojas 709), solicitando la REVOCATORIA de la apelada.-

1.2. **Fundamentos de los recursos**

- Respecto a la Resolución No. 01, el apelante argumenta que las decisiones del CNM en materia de selección y nombramiento de jueces y fiscales, son irrevisables en sede judicial, por lo que es un grave error pretender cuestionar las razones por los que el demandante fue excluido de la Convocatoria No. 002-2009-CNM; en todo caso, tratándose el amparo de una vía residual y existiendo una vía igualmente satisfactoria, como es el proceso contencioso administrativo (PCA en adelante), el pedido debe tramitarse en ésta vía.-

- Con relación a la Resolución No. 11, el apelante argumenta que la apelada carece de suficiente motivación, porque no considera que el demandante al tener conocimiento de la decisión del Pleno del CNM, de exclusión de la prueba de conocimientos y convocatoria en general, aun el 16 de julio del 2009, conforme al artículo 45 del Código Procesal Constitucional, pudo haber interpuesto los recursos impugnatorios ante el CNM, pero no lo hizo.-

- Sobre la SENTENCIA, el apelante denuncia que ella contraviene la Constitución, la Ley Orgánica del CNM y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC en adelante), que disponen que las decisiones del CNM son irrevisables en sede judicial, y ni siquiera proceden las acciones constitucionales, como el amparo; aspecto éste invocado en la contestación de la demanda, de lo que el Juzgado no se ha pronunciado, constituyendo por tanto una sentencia con una motivación deficiente.-

- Igualmente, contra la sentencia, el apelante denuncia una indebida o errónea aplicación del derecho y una equivocada apreciación de los hechos, lo que constituye una falta de motivación, pues en el caso del

demandante no existe discriminación, sino trato diferenciado, y ello por tener impedimento sensorial (ciego), lo que se encuentra contemplado por el artículo 4.6 LCJ, lo que concuerda con el Oficio de la Fiscal de la Nación que informa en el mismo sentido, pero que no ha sido valorado. También se interpreta erróneamente al artículo 32 del Reglamento de Selección y Nombramiento de jueces y Fiscales, que prevé al examen escrito con el carácter de personal.-

1.3. Antecedentes

- Por demanda (fojas 109, modificada a fojas 219), el Sr. Bejar, denunciando la violación de sus derechos constitucionales a la igualdad y no ser discriminado laboralmente por persona con discapacidad, derecho a la protección del Estado al impedido que trabaja y a un debido proceso, dirigida contra el CNM, solicita que la sentencia DECLARE:
 - a) Nulo el acuerdo del Pleno del CNM de fecha 15 de julio del 2009, en el extremo que declara excluirlo de su postulación a la plaza de Fiscal Provincial Adjunto (Pool de Fiscales) de Cusco, y de toda la convocatoria descentralizada No. 002-2009-CNM, Concurso Público de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales por razón de su condición de persona con discapacidad (no cumplir con el requisito establecido en el art. 177, inc. 5 del TUO de la LOPJ).-
 - b) Inaplicable para el presente caso el artículo 177, inc.5 del TUO de la LOPJ, que establece como requisitos comunes para ser Magistrados el "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", por ser manifiestamente incompatible con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y tratados internacionales. -
 - c) Inaplicable para el presente caso el artículo 7, literal "i" de la Resolución No. 138-2008-CNM - Reglamento del Concurso de Selección y Nombramiento de jueces y Fiscales que establece: "no adolecer de incapacidad física permanente que le impida ejercer la función", por ser manifiestamente incompatible con los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y tratados internacionales. -

- d) La restitución al estado anterior de las cosas, hasta antes del momento en que se produjo la violación de sus derechos constitucionales, disponiendo que el CNM habilite fecha y hora para que rinda su examen escrito, conforme al artículo 21 del Reglamento del Concurso, y se le considere en las otras etapas del concurso y demás medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de sus derechos como persona con discapacidad.-
- El CNM, a través de su Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales, al contestar la demanda (fojas 284), ha deducido la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, en vista que sin haber agotado dicha vía, y desconociendo lo establecido en el artículo 114 del Decreto Supremo 002-94-CNM, el demandante ha recurrido directamente al Poder judicial-

Respecto a las pretensiones de fondo, las niega y contradice en todos los extremos, solicitando por tanto se declare IMPROCEDENTE la demanda, y ello por no existir la violación de los derechos constitucionales invocados, puesto que las decisiones del CNM en materia de selección y nombramiento de jueces y fiscales, son irrevisables en sede judicial; en todo caso, no existe la supuesta vulneración al derecho a la igualdad, dado que la exclusión del demandante de la Convocatoria No. 002-2009-CNM fue por no reunir los requisitos para el cargo al que postulaba, pues tratándose de una persona con discapacidad visual bilateral permanente, no era posible atender su pedido de rendir el examen escrito con las alternativas propuestas por él, habiendo ocurrido por tanto solo una diferenciación y no una discriminación como indebidamente se alega, de allí que la medida cuestionada es idónea, necesaria y proporcional.-

- Con la absolución del demandante (fojas 325), el Juzgado resolvió la excepción de FAVA (Resolución No. 11 de fojas 349), declarándola INFUNDADA, cuya apelación fue concedida con carácter de diferida.-

14. **Cuestiones en debate**

Este Tribunal de justicia debe determinar:

- i) La posibilidad de impugnar el auto admisorio de una demanda en sede jurisdiccional;

- ii) Los presupuestos de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (FAVA); si ella concurre al caso *sub Índice*.-
- iii) Si la exclusión efectuada por el CNM a un postulante al concurso de selección y nombramiento de jueces y fiscales, basado en la incapacidad (ceguera), constituye vulneración de los derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación y al debido proceso; o se trata solo de una diferenciación.-

2. FUNDAMENTOS:

Motivación de las resoluciones

- 2.1. De punto de partida, se tiene que el CNM al impugnar las resoluciones materia de pronunciamiento, denuncia la ausencia y/o deficiencia de motivación. Al respecto, -como orienta el TC-¹, debe tenerse en cuenta que la motivación en éste tipo de actos, no necesariamente implica una determinada extensión, sino la garantía y respeto -entre otros- de la fundamentación jurídica, la congruencia entre lo solicitado y lo resuelto, y que por sí misma exprese una suficiente justificación.-
- 2.2. Bajo dicho marco, como luego podrán ser apreciadas, las resoluciones impugnadas, si bien bajo puntos de vista que el CNM no comparte, contienen la debida justificación que las tornan en legítimas.-

Legalidad del auto admisorio de la demanda

- 2.3. Encontrándonos en el escenario de un proceso constitucional, y concretamente en el de amparo, es pertinente recordar que por disposición constitucional² y legal³, él tiene por **finalidad** reponer las

¹ "...La motivación no necesariamente garantiza una determinada extensión de la resolución, sino que el contenido constitucional establecido en el artículo 139.5 de la Constitución está referido a que se respete, principalmente: a) La fundamentación jurídica, que implica la explicación del porque determinada situación de hecho se encuentra o no dentro del supuesto de la norma; b) La congruencia entre lo solicitado y lo resuelto; y c) Que, la resolución por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada".- STC. Exp. 4348-2005-PA/TC; en "La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional"; Editorial Gaceta Jurídica; 1ra. edición, Agosto del 2006; pág. 661.-

² Constitución Política del Estado.- Artículo 200 (modificado por el Artículo Único de la Ley 26470).- Acciones de Garantía Constitucional.- Son garantías constitucionales:

....

cosas al estado anterior a la violación o amenaza; y **procede** cuando exista amenaza o violación de los derechos constitucionales. Esta tarea - por mandato legal⁴- ha sido encomendada al PODER JUDICIAL y al TC -

- 2.4. En ese orden, si alguien considera que sus derechos constitucionales han sido violentados o se encuentran amenazados, es válido que recurra al proceso de amparo. La calificación de la demanda que de lugar a su admisión no puede constituir un agravio (principal presupuesto de la impugnación), sino el reconocimiento (al demandante) del ejercicio de un derecho fundamental, como es recurrir en busca de tutela judicial⁵.-
- 2.5. En efecto, si el ordenamiento garantiza el derecho a la doble instancia, a juicio de este Tribunal, éste no puede quitar -por la sola impugnación a la decisión que admite la demanda-, el derecho de pedir la tutela judicial.-

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular."

³ Código Procesal Constitucional.-

Artículo 1.- Finalidad de los Procesos.- Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Artículo 2.- Procedencia.- Los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo y hábeas data proceden cuando se amenace o viole los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona. Cuando se invoque la amenaza de violación, ésta debe ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.-

4 Código Procesal Constitucional.- Título Preliminar.- Artículo IV.- Órganos Competentes.- Los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el presente Código.-

⁶ Código Procesal Civil.- Título Preliminar.- Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso, (de aplicación por disposición del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).-

2.6. De otro lado, ante el argumento del CNM, que invocando su Ley Orgánica⁶, indica que sus decisiones son irrevisables en sede judicial, solo debe recordarse lo señalado por el TC, en un caso conexo al presente, en el sentido de que *"no hay campos de invulnerabilidad a donde el proceso constitucional no pueda ingresar y donde, por ende, no se pueda corregir los eventuales excesos"*.-

2.7. A decir del TC, aquello encuentra su razón de ser en que las funciones conferidas al CNM deben ser ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución, y no fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento⁸.-

⁶ Ley 26397.- LOCNM.- Artículo 2.- Compete al Consejo Nacional de la Magistratura la selección, nombramiento, ratificación y destitución de los jueces y fiscales de todos los niveles, salvo cuando éstos provengan de elección popular, en cuyo caso sólo está facultado para extender el título y aplicar la sanción de destitución cuando corresponda conforme a ley.

No son revisables en sede judicial las decisiones sobre las materias a que se refiere el párrafo anterior. Sus decisiones son inimpugnables.-

⁷ "Ingresando al análisis de fondo de la presente controversia y como ya se ha señalado en la *ratio decidendi* de la sentencia emitida en el Exp. N.º 2409-2002-AA (Caso Diodoro Gonzales Ríos), este Colegiado resulta plenamente competente para conocer los cuestionamientos a las decisiones emitidas por el Consejo Nacional de la Magistratura que puedan resultar contrarias a los derechos fundamentales. En tal supuesto, no sólo se trata de garantizar la tutela judicial efectiva a que tienen derecho los justiciables, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos de los que el Perú es parte obligada, sino de proteger los atributos fundamentales frente a cualquier acto lesivo, independientemente de donde éste provenga. Ya se ha dicho, y aquí se reitera, que no hay campos de invulnerabilidad a donde el proceso constitucional no pueda ingresar y donde, por ende, no se pueda corregir los eventuales excesos".- fj. 3, STC. Exp. 0216-2003-A A / TC -

⁸ "...(sic) En efecto, desde la expedición de la STC 2409-2002-AA, en criterio que este Colegiado tiene reiterado en más de 200 sentencias, quedó establecido que:

"(...) cuando el artículo 142.º de la Constitución establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de Jueces, (...) el presupuesto de validez de dicha afirmación se sustenta en que las consabidas funciones que le han sido conferidas a dicho organismo sean ejercidas dentro de los límites y alcances que la Constitución le otorga, y no a otros distintos, que puedan convertirlo en un ente que opera fuera o al margen de la misma norma que le sirve de sustento. En el fondo, no se trata de otra cosa sino de la misma teoría de los llamados poderes constituidos, que son aquellos que operan con plena autonomía dentro de sus funciones, pero sin que tal característica los convierta en entes autárquicos que desconocen o hasta contravienen lo que la misma Carta les impone. El Consejo Nacional de la Magistratura, como cualquier órgano del Estado, tiene límites en sus funciones, pues resulta indiscutible que estas no dejan en ningún momento de sujetarse a los lineamientos establecidos en la norma fundamental. Por consiguiente, sus resoluciones tienen validez constitucional en tanto las mismas no contravengan el conjunto de valores, principios y derechos fundamentales de la persona contenidos en la Constitución, lo que supone, *a contrario sensu*, que si

- 2.8. En tal sentido, aun cuando se sostenga -como lo hace el CNM- que el proceso de amparo es residual -lo que por cierto este Tribunal no niega-, no debe olvidarse que tratándose de actos de discriminación, como expresamente el TC lo ha señalado en criterio vinculante al referirse a un despido laboral fundado en ésta causa⁹, ésta vía es la idónea para ventilar su protección en caso de su materialización.-

Excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa (FAVA)

- 2.9. Superado aquello, evaluando la excepción en referencia, debe reconocerse -como dispone la ley procesal constitucional¹⁰-, que efectivamente, previa a la interposición de una demanda de amparo, debe agotarse la vía administrativa, tanto más si el acto presuntamente lesivo está vinculado con los actos de la administración.-
- 2.10. Empero, dicha regla -como también establece dicho ordenamiento-, no se observa cuando un acto administrativo, sin haber sido emitido por la última instancia, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; o cuando por el agotamiento de la vía previa, la agresión pudiera convertirse en irreparable".-

ellas son ejercidas de una forma tal que desvirtúan el cuadro de principios y valores materiales o los derechos fundamentales que aquella reconoce, no existe ni puede existir ninguna razón que invalide o deslegitime el control constitucional señalado a favor de este Tribunal en los artículos 201.º y 202.º de nuestro texto fundamental".- fj. 34, STC. Exp. 05854-2005-AA/TC-

⁹ "Del mismo modo, los despidos originados en la discriminación por razón de sexo raza, religión, opinión, idioma o de cualquier otra índole, tendrán protección a través del amparo...(sic)".- fj. 15, STC. Exp. 0206-2005-PA/TC-

¹⁰ Código Procesal Constitucional.- Artículo 45.- Agotamiento de las vías previas.- El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo.-

¹¹ Código Procesal Constitucional.- Artículo 46.- Excepciones al agotamiento de las vías previas.- No será exigible el agotamiento de las vías previas si:

- 1) Una resolución, que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida;
 - 2) Por el agotamiento de la vía previa la agresión pudiera convertirse en irreparable;
- (...)-

2.11. Dichos supuestos precisamente concurren en el presente caso, por la secuencia de hechos que a continuación se exponen:

- i) La decisión de exclusión al demandante de la prueba de conocimientos y del proceso en general (Convocatoria No. 002-2009-CNM), solo está contenido en un oficio (fojas 136), y no propiamente un acto administrativo (resolución), con los requisitos que exige el ordenamiento legal¹².-
- ii) Aun cuando en el concepto legal, ese Oficio fuera considerado un "acto administrativo", porque tenía por objeto producir efectos sobre los intereses del demandante, en el fondo no tiene dicha connotación, en la medida que carece de una debida motivación; y en todo caso, solo aparece una aparente, al tratar de justificar la decisión, dice, por "no cumplir con el requisito establecido en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante).-
- iii) Aquella circunstancia, impidió al ahora demandante a "agotar la vía administrativa", en tanto que no existía la posibilidad de presentar alguna "prueba nueva" (recurso de reconsideración), o

¹² Ley 27444.- Ley de Procedimientos Generales Administrativos.- Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.- Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quorum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.-

denunciar una diferente interpretación de las pruebas producidas o de puro derecho (recurso de apelación).-

- iv) Además, el CNM -sin respetar el procedimiento regular, como era esperar a que la decisión quedara firme¹³-, ejecutó la misma¹⁴. Este hecho conlleva a la interrogante siguiente: ¿tenía alguna utilidad "agotar" la vía administrativa? La respuesta nos parece obvia. Ninguna.-

El derecho constitucional a la igualdad y a no ser discriminado

2.12. Previo al análisis del derecho en referencia, este Tribunal verifica los hechos siguientes:

- i) El demandante fue admitido como postulante APTO en el Concurso Público de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales del CNM, a través de la Convocatoria No. 002-2009-CNM-Macro Región Sur, al cargo de Fiscal Adjunto Provincial (Pool de Fiscales) de Cusco (fojas 3 a 7).-
- ii) El demandante al momento de registrar su inscripción en dicha convocatoria (fojas 9), declaró tener discapacidad, y haber sido operado de la vista; situación que se acredita con el certificado expedido por ESSALUD (fojas 134), la que indica que sufre de ceguera bilateral permanente.-

¹³ * Código Procesal Civil.- Artículo 123.- Cosa Juzgada.- Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

(...)

2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

(...).

* (de aplicación por disposición del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).-

¹⁴ Téngase presente que el 20 de julio del 2009, el demandante -a través de la Defensoría del Pueblo de Cusco, mediante CARTA No. 1221-2009-ORDP/CUS de esa fecha-, es notificado con el OFICIO No. 34-2009-SG/CNM de fecha 16 de julio del 2009, emitido por el Secretario General del CNM, con la decisión del Pleno de dicho organismo; fecha (20 de julio del 2009) ya se había realizado la prueba de conocimientos en la Universidad Andina de Cusco, a donde el demandante fue impedido de ingresar-

- iii) La prueba de conocimientos de dicho concurso debía efectuarse el 19 de julio del 2009 (como en efecto se realizó), habiéndose señalado como local de la sede de Cusco, las instalaciones de la Universidad Andina de esta ciudad (fojas 15).-
- iv) A fin de rendir dicha prueba, y como postulante apto, en fecha 14 de julio del 2009, el demandante solicitó al CNM (fojas 41) se le facilitara la compañía de una persona designada por el CNM, o, alternativamente, la ayuda de una computadora con el programa lector de pantalla JAWS.-
- v) Como aparece de la Ficha de Recepción de casos de la Defensoría del Pueblo - Cusco (fojas 39), dicho pedido -por vía telefónica- fue respondido por una servidora del CNM, comunicándole al demandante que había sido excluido de la citada prueba, así como de la convocatoria en general, por no cumplir con el requisito establecido en el artículo 177 LOPJ.-
- vi) Dicha decisión recién fue oficializada al demandante mediante CARTA No. 1221-2009-ORDP/CUS de fecha 20 de julio del 2009 (fojas 135), adjuntando la copia del OFICIO No. 34-2009-SG/CNM de fecha 16 de julio del 2009 (136), emitido por el Secretario General del CNM.-

2.13. Ante el marco táctico, y considerando que -principalmente- se denuncia la violación del derecho a la igualdad y la no discriminación, resulta por demás importante determinar si los hechos descritos constituyen tal violación, o es que solo existe una "diferenciación" como postula el CNM.-

2.14. Para dicho objetivo, de principio debemos resaltar que la discriminación -como lo señala el TC- es un trato diferenciado que se da a una persona por ciertas consideraciones que imposibilitan su acceso a oportunidades esenciales concedidas a otros, pese a encontrarse en la misma condición¹⁵; regla que empero tiene su excepción, si ella obedece a bases objetivas y razonables¹⁶.-

¹⁵ STC. Expediente No. 0090-2004-AA/TC (fj. 43).-

¹⁶ "El inciso 2 del artículo 2- de la Constitución dispone que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley y que nadie puede ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma,

2.15. Además de aquello, existe normativa en el ordenamiento jurídico nacional y supranacional que reprueba toda forma de discriminación a la persona con discapacidad por el solo hecho de serlo¹⁷. Entre las primeras, se tiene la señalada por nuestra Constitución -en términos genéricos- en su artículo 2, inciso 2, y el segundo párrafo de su artículo 7, y la Ley 27050; y entre las segundas, de modo concreto, la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas"¹⁸ y "Convención sobre los Derechos

religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. En la sentencia recaída en el Expediente N.º 0048-2004-AI/TC, el Tribunal Constitucional, respecto del derecho a la igualdad, estableció que:

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Sin embargo, la igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscriben todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables".- STC. Exp. No. EXP. N.º 01875-2006-PA/TC- LIMA.- Víctor Ricardo Luna Mendoza y otros. (FJ. 5). (el subrayado y cursivas nos corresponde).-

> Ley 27050.- LEY GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.- Artículo 31.- Beneficios y derechos en la legislación laboral.-

(...)

31.2. 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.-

'8 RESOLUCIÓN LEGISLATIVA Nº 27484.- Aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas.- ARTÍCULO III.- Para lograr los objetivos de esta Convención, los Estados parte se comprometen a:

1. Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad, incluidas las que se enumeran a continuación, sin que la lista sea taxativa:

de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo" de las Naciones Unidas¹⁹, pues, al tener iguales derechos que el resto²⁰, lo que se busca es propiciar la plena integración en la sociedad de dichas personas.-

2.16. La **discapacidad**, en definición de la norma supranacional, significa: *"una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social"*²¹, (las cursivas nos corresponde), la misma que concuerda por la acordada por el legislador nacional²².-

- a) Medidas para eliminar progresivamente la discriminación y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas en la prestación o suministro de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades, tales como el empleo, el transporte, las comunicaciones, la vivienda, la recreación, la educación, el deporte, el acceso a la justicia y los servicios policiales, y las actividades políticas y de administración;

« Aprobada por RESOLUCIÓN LEGISLATIVA N° 29127, ratificada por DECRETO SUPREMO N° 073-2007-RE.-

20 Ley 27050.- LEY GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.- Artículo 3.- Derechos de la persona con discapacidad.- La persona con discapacidad tiene iguales derechos, que los que asisten a la población en general, sin perjuicio de aquellos derechos especiales que se deriven de lo previsto en el segundo párrafo del Artículo 7 de la Constitución Política, de la presente Ley y su Reglamento.-

21 RESOLUCIÓN LEGISLATIVA N° 27484.- Aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas.- ARTÍCULO L- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

1. Discapacidad

El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

'(-)•-

22 Ley 27050.- LEY GENERAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.- Artículo 2.- Definición de la persona con discapacidad.- La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad.-

2.17. A su turno, la **discriminación**, siempre en definición de la norma supranacional invocada, consiste en: *"toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales"*²³, (las cursivas y el subrayado nos corresponde). -

2.18. Para superar posibles actos de discriminación, la norma supranacional ha contemplado los denominados **"ajustes razonables"**, entendidos 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"*²⁴.-

2.19. La Corte Constitucional de Colombia, al resolver un tema de discriminación vinculado al derecho de familia (testigos discapacitados como ciegos y sordos para la celebración de un matrimonio), en coherencia a los postulados de la normativa supranacional, en posición que

²³ RESOLUCIÓN LEGISLATIVA N° 27484.- Aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas.- ARTÍCULO I.- Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

(...)

2. Discriminación contra las personas con discapacidad

a) El término "discriminación contra las personas con discapacidad" significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

(...)-

²⁴ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo.- Artículo 2.- Definiciones.- A los fines de la presente Convención:

(...)

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;

(...)-

compartimos y cuyo texto se glosa en autos (fojas 151 y siguientes), ha indicado que si bien se autoriza un tratamiento diferenciado a las personas con dichas discapacidades, ello se realiza con la finalidad de que el Estado les brinde una protección especial, más no con el insano propósito de marginarlos del mundo jurídico²⁵.-

2.20. Bajo el plexo normativo reseñado y ante los hechos expuestos anteriormente, descartando, por tanto, la posición del CNM en el sentido que tales hechos solo constituirían una "diferenciación", tenemos la plena convicción que el demandante -por su discapacidad visual- ha sido discriminado por el CNM, al decidir su exclusión, primero, de rendir su prueba escrita, y, segundo, de la convocatoria en general del Concurso Público de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales del CNM, efectuado mediante Convocatoria No. 002-2009-CNM-Macro Región Sur, al cargo de Fiscal Adjunto Provincial (Pool de Fiscales) de Cusco, con el argumento de no cumplir con el requisito establecido en el artículo 177 LOPJ; determinación que atiende, además, a las razones puntuales siguientes:

- i) Debe recordarse que el acto discriminatorio aludido se materializó solo en base a una comunicación telefónica, la que fue oficializada tardíamente mediante Oficio, cuando ya el 20 de julio del 2009 se había llevado a cabo la prueba de conocimientos.-
- ii) Sobre las razones contenidas en el Informe No. 067-2009-CPSN-CNM (fojas 551), de fecha 15 de julio del 2009, donde se justifica la exclusión del demandante, recién fue de conocimiento del demandante en el presente proceso, por lo que al no haber tenido oportunidad de descargar las limitaciones allí atribuidas²⁶, se le ha

²⁵ "Esta Corporación ha estimado múltiples veces que cuando la Carta Política autoriza tratamientos diferentes, ella lo hace con la finalidad de que el Estado brinde a determinado grupo de personas una protección especial, más no con el insano propósito de marginarlos del mundo jurídico, situación que sí hace el artículo 127 demandado, con los ciegos, sordos y mudos, lo cual quebranta las normas superiores del ordenamiento constitucional colombiano".- Sentencia C-401/99.- Referencia: Expediente D-2270.- Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 5, 6 y 7 del artículo 127 del Código Civil Colombiano, (puede verse en <http://www.dmsjuridica.com>).-

²⁶ En éste Informe (numeral 2.6.), se indica que entre las funciones que tendría que realizar el demandante, en caso sea nombrado como Fiscal Adjunto, son la participación en diligencias como, de incautaciones, operativos inopinados, levantamientos de cadáveres, exámenes de pruebas, etc.; diligencias en las que se aplica el principio de inmediatez.-

conculcado su derecho a la defensa, la que forma parte del debido proceso. -

- iii) La principal causa que da lugar a la exclusión del demandante del concurso es su discapacidad visual (ceguera total), lo que a consideración del C1\`M estaría insertado en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)²⁷; consideración que sin embargo resulta errada porque en el tiempo en que ocurrieron los hechos, dicha norma ya había sido derogada por la nueva Ley de la carrera judicial²⁸, por lo que en virtud a la teoría de los hechos cumplidos que consagra nuestra Constitución²⁹, ésta norma, en todo caso, sería la aplicable.- ..
- iv) Aun cuando se tratara de insertar la justificación invocada por el CNM en el artículo 4.6 de la nueva Ley de la carrera judicial³⁰, lo cierto es que su interpretación debe efectuarse -sistemáticamente- en armonía con las disposiciones constitucionales y

²⁷ Decreto Supremo 017-93-JUS.- LOPJ.- Artículo 177.- Requisitos comunes para ser Magistrado.- Son requisitos comunes para ser Magistrado:

(...)

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;

(...)-

²⁸ Ley 29277.- Ley de la Carrera Judicial.- DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA.- ÚNICA.- Normas derogadas. -

Deróganse los artículos 107,177 al 182, ...(sic).-

²⁹ Constitución Política del Perú.- Artículo 103.- Leyes especiales, irretroactividad, derogación y abuso del derecho.- "... (sic). La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad..."-.

³⁰ Ley 29277.- Ley de la Carrera Judicial.- Artículo 4.- Requisitos generales para acceder y permanecer en la carrera judicial.- Son requisitos generales para el ingreso y permanencia en la carrera judicial:

(...)

6. no presentar discapacidad mental, física o sensorial debidamente acreditada, que lo imposibilite para cumplir con sus funciones;

(...)-

supranacionales antes invocadas; es decir, atendiendo a la no discriminación del discapacitado.-

- v) En todo caso, la determinación del "impedimento" o "imposibilidad" para ejercer el cargo, por la causa de ser invidente, al que aludía el artículo 177 LOPJ -o alude el artículo 4.6. LCJ-, no debían ser establecidos *a priori*, sino durante el proceso del concurso en general, como por ejemplo, en la fase de entrevistas, donde los integrantes del CNM pudieron haberse formado un juicio más cabal sobre las competencias del demandante.-
- vi) Ese es el sentido, de cómo la Corte Constitucional de Colombia, al evaluar la exclusión de un postulante a Juez, también indica que el invidente no puede ser eliminado *ab initio*, por el solo hecho de serlo, peor si no concurren otras razones que así lo determinen³¹.-

³¹ "...(sic). En efecto, con ponencia del Magistrado Ricardo Medina Moyano, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de marzo 7 de 1985, esa Corporación declaró inexecutable el artículo 16 del Decreto 250 de 1970 "Por el cual se expidió el estatuto de la Carrera Judicial y del Ministerio Público, a propósito de la prohibición para ser designado y desempeñar cargo alguno en la Rama Jurisdiccional y en el Ministerio Público; es así como en su oportunidad dijo la Corte Suprema lo siguiente:

"Por el contrario, piensa la Corte que si un individuo en tales condiciones ha realizado en forma satisfactoria sus estudios de Derecho, haya o no desarrollado como por otra parte lo reconoce universalmente la Medicina y la Psicología, otras facultades intelectivas, puede encontrarse en condiciones para desempeñar las actividades propias de Juez de la República, en ocasiones posiblemente con mayor consagración y laboriosidad que aquellos que se encuentran en distinta situación humana. Todo lo anterior sin que sea necesario aludir a los adelantos técnicos ofrecidos por la ciencia, y que ponen al alcance de invidentes, sordos y mudos, elementos que les permiten superar ampliamente las restricciones impuestas por la naturaleza o por las enfermedades. En otras palabras, y atendidas además las formas especiales en que se desenvuelve en general la actividad de juzgar, no puede el invidente ser eliminado *ab initio* por ese mero hecho, y sin que existan por lo tanto otras razones que así lo determinen de la actividades en cuestión. Afirmar pues lo anterior en forma general, puede resultar tan inexacto como decir que un abogado en uso de sus facultades visuales, pero sin las demás virtudes que deben acompañar al sagrado ministerio de administrar justicia, por ese mero hecho pueda ser designado para hacerlo. Será pues, la entidad nominadora la cual estudiando en su oportunidad cada caso concreto y teniendo en cuenta desde luego la clase de juzgado por proveer, la que deberá tomar la decisión correspondiente".- Sentencia C-401/99.- Referencia: Expediente D-2270.- Acción pública de inconstitucionalidad contra los numerales 5, 6 y 7 del artículo 127 del Código Civil Colombiano, (puede verse en <http://www.dmsjuridica.com>)

- vii) De otro lado, es cierto que el artículo 32 del Reglamento de concursos de Selección y Nombramiento del CNM dispone que "el examen escrito es personal"; sin embargo, nos preguntamos: ¿La petición de "facilidades" formulada por el demandante para rendir dicha prueba (fundamento "2.12.iv"), no era acaso una típica expresión de los **"ajustes razonables"** al que alude la norma supranacional?. La respuesta afirmativa nos parece obvia.-

- viii) Si dicho reglamento, no estaba adecuado a los estándares de la normativa -principalmente- supranacional, que rechaza la discriminación, el CNM estaba en la obligación de integrarlo aplicando los principios consagrados para el debido proceso, lo que se realiza cuando existe vacío o deficiencia en la norma³²; o de realizar el test de proporcionalidad y razonabilidad que exigían las circunstancias, cuyas pautas han sido establecidas de modo amplio por el TC³³.-

- ix) El CNM al excluir al demandante del concurso en referencia, no ha explicado adecuadamente en que consistían las razones objetivas y razonables. Esto permite concluir que la razón invocada constituye un típico caso de una motivación aparente³⁴

³² Constitución Política del Perú.- Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...o

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

(...).-

³³ ff.jj. 21 y siguientes de la STC. Exp. 0045-2004-AI/TC, cuyo texto íntegro aparece glosado a los autos (fojas 81 y siguientes).-

³⁴ "El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Así, en el Exp. N.º 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N.º 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones

(aplicable también al procedimiento administrativo³³), pues la sola expresión de que se trata de un invidente, sin haber verificado si realmente se encuentra "impedido" o "imposibilitado", no justifica plenamente dicha decisión.-

- x) El CNM reclama una valoración mayor al Oficio de la Fiscalía de la Nación (fojas 555 y siguientes), que describiendo las funciones pertinentes a un Fiscal Adjunto Provincial Penal daría a entender que el demandante está inhabilitado a ejercer dicha función; pero, pierde de vista que el único organismo encargado de verificar dicha situación, precisamente es el.-
- xi) El CNM cuando recusa la intervención judicial en sus decisiones, invocando para ello su autonomía funcional, no repara que el Juez constitucional, no pretende "seleccionar" y/o "nombrar" a un postulante a la Magistratura -en este caso, al demandante-, pues al declarar fundada la demanda, solo propiciará que debe dársele la oportunidad de demostrar sus capacidades en el escenario del concurso respectivo.-

2.21. Establecido aquello, deviene en innecesario el análisis y pronunciamiento sobre la petición del demandante para la declaración de inaplicación por "inconstitucionales" de las disposiciones del artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (por cierto intrascendente por haber sido derogado) y/o del artículo 4.6. de la Ley de la carrera judicial (Ley 29277), por cuanto, ellos -a *prima facie*- no necesariamente representan contravenciones a la Constitución y/o normas

mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento táctico o jurídico.

fj. "7" de la STC. Exp. N.º 00728-2008-PHC, caso Giuliana Flor de María Llamuja Hilares.-

³³ "En ese sentido, el Tribunal ha expresado que las exigencias de su respeto y protección deben observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), y también ante tribunales arbitrales, entre otros".- fj. 36, STC. Exp. 06149-2006-AA/TC-

supranacionales referidas, sino que solo requieren de una interpretación armónica con ellos, para su aplicación al caso concreto.-

- 2.22. Al ampararse la demanda, el único pronunciamiento que cabe al asunto examinado, es la declaración de nulidad del acuerdo del Pleno del CNM de fecha 15 de julio del 2009, en el extremo que declara excluirlo de su postulación a la plaza de Fiscal Provincial Adjunto (Pool de Fiscales) de Cusco, y de toda la convocatoria descentralizada No. 002-2009-CNM, Concurso Público de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales por razón de su condición de persona con discapacidad; y ello, como se ha explicado ampliamente en el fundamento "219.", por no haberse acreditado las razones objetivas y razonables de su exclusión.-
- 2.23. La consecuencia de dicha declaración, siguiendo la finalidad del proceso de amparo (fundamento "2.3."), es la restitución al estado anterior de la violación al derecho de igualdad y no discriminación del demandante, que en el caso concreto es disponer al CNM habilite fecha y hora para que rinda su examen escrito; y de aprobar el mismo, continúe con las demás etapas del concurso, con las consecuencias respectivas; propósito para el que deberá revocarse en parte el fallo de la sentencia apelada.-
- 2.24. Conociendo que el CNM ha concluido con el proceso de la Convocatoria No. 002-2009-CNM-Macro Región Sur, como puede verificarse en la fecha de su página web, lo expresado en el fundamento anterior no es obstáculo para ser implementado, en tanto que de la misma página también se conoce que de las cuatro (4) plazas vacantes para el cargo de Fiscal Provincial Adjunto (Pool de Fiscales) de Cusco, conforme a la Resolución No. 245-2009-PCNM, de fecha 22 de diciembre del 2009, ninguno de ellos ha sido ocupado.-
- 2.25. La determinación que precede, precisamente, enerva la posibilidad de declarar una eventual "sustracción de la materia", pues en tanto existan plazas vacantes en dicho concurso, las posibilidades del demandante para rendir sus evaluaciones se mantienen intactas.-

3. DECISIÓN: por tales fundamentos:

- 3.1. **CONFIRMARON** la Resolución No. 01 (fojas 121), de fecha 17 de julio del 2009, que resuelve ADMITIR a trámite la demanda mediante el proceso de amparo.-

- 3.2. **CONFIRMARON** la Resolución No. 11 (fojas 3491 de fecha 28 de setiembre del 2009, que declara INFUNDADA la excepción de **falta de agotamiento de la vía administrativa** (FAVA en adelante), propuesta por el Procurador Público Adjunto a cargo de los asuntos judiciales del CNM.-
- 3.3. **CONFIRMARON** la Resolución No. 26 (fojas 692), que contiene la SENTENCIA de fecha 06 de noviembre del 2009 que declara FUNDADA la demanda; en consecuencia, NULO el acuerdo adoptado en la Sesión Plenaria Ordinaria del CNM del 15 de julio del 2009... (sic).-
- 3.4. **REVOCARON** la misma sentencia, en el extremo del fallo que ORDENA, sin paralizar la secuencia del proceso de selección, se le tome un examen escrito al demandante... (sic); y conforme al resultado de éste, incorporar al demandante al indicado proceso en el estado en que se encuentre y si acaso ya se hubiera fijado la fecha de entrevistas, se le brinde también la posibilidad de ser entrevistado, previa calificación de su hoja de vida.-
- 3.5. Reformando dicho extremo, **DISPUSIERON** que el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM), habilite fecha y hora para que el demandante Edwin Romel BEJAR ROJAS, en calidad de postulante del Concurso Público de selección y nombramiento de Jueces y Fiscales, materia de la Convocatoria descentralizada No. 002-2009-CNM, rinda su examen escrito; y de aprobar el mismo, continúe con las demás etapas del concurso, con las consecuencias respectivas de dicha convocatoria.-
- 3.6. **DISPUSIERON** en virtud a la 4DF del Código Procesal Constitucional, la publicación de la presente sentencia; y LOS DEVOLVIERON.- T.R. y H.S.-

S.S.

i

DUEÑAS NIÑO DE GUZMAN BUSTAMANTE DEL CASTILLO PINEDO COA
Ponente

Corte Superior de Justicia de Cusco

Primera Sala Civil

VOTO EN DISCORDIA

Expediente N° : 2009-1890-0-1001-JR-CI-3
Demandante : Edwin Béjar Rojas
Demandado : Consejo Nacional de la Magistratura
Materia : Constitucional: Proceso de amparo
Procedencia : Tercer Juzgado Civil
Ponente : *Dueñas Niño de Guzmán*

El Juez Superior que suscribe, integrante de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, emite el siguiente voto en discordia:

1. VISTOS

Con los informes orales de los señores abogados Aníbal Torres Vásquez, Alberto Verguer Vigueros y Edwin Béjar Rojas;

2. FUNDAMENTOS:

- 2.1. El demandante pretende que se declare la nulidad del Acuerdo del Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura de quince de julio de dos mil nueve, en el extremo que resuelve excluirlo por razón de discapacidad sensorial de la Convocatoria Descentralizada número 002-2009-Consejo Nacional de la Magistratura, Concurso Público de Nombramiento de Jueces y Fiscales; por amenaza de violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, tales como el derecho a la igualdad ante la ley, a no ser discriminado por razón de discapacidad, acceso al trabajo y debido proceso; debiendo reponerse el estado de las cosas al momento en que se produjo la amenaza de violación del derecho constitucional invocado.
- 2.2. La demanda es modificada a fojas doscientos diecinueve con las pretensiones de violación al derecho constitucional de igualdad ante la ley y a no ser discriminado laboralmente por ser persona con discapacidad, derecho a la protección del Estado al impedido que trabaja y a un debido proceso.
- 2.3. Al referirnos a la capacidad, recordemos que la categoría genérica de sujeto de derecho está dirigida a todo centro de imputación de derechos y deberes adscribibles al ser humano, desde su nacimiento hasta su muerte. Para MESSINEO: "*...el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su*

Corte Superior de Justicia de Cusco

Primera Sala Civil

existencia para el derecho, está constituido Poru capacidad jurídica, o capacidad de derechos que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general...;de manera que no se conciben seres humanos que no estén dotados de capacidad jurídica". (Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires - Argentina 1979. pág.99). La capacidad es inseparable de la persona humana; se adquiere por el hecho mismo de la existencia.

- 2.4. Se ha clasificado la capacidad en: a) Capacidad de goce, como aptitud para ser titular de derechos y obligaciones; y b) Capacidad de ejercicio, la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas. Algunos juristas la denominan capacidad de obrar, es decir, la idoneidad o aptitud que tiene el sujeto para ejercitar autónomamente sus derechos y cumplir sus deberes.
- 2.5. La persona discapacitada *"...es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de las formas o márgenes considerados normales, **limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades** y oportunidades para participar equitativamente entro de la sociedad".* (Lo resaltado en negrita es nuestro) (Ley número 27050, Artículo 2°).
- 2.6. Se considera discapacitado por la pérdida de la función sensorial al ciego, al sordo y al mudo. Nuestra legislación positiva civil considera absolutamente incapaces a los sordomudos, ciegosordos y a los ciegomudos. La conjunción de dos deficiencias señoriales incapacita absolutamente al sujeto.
- 2.7. El ciego está limitado en el ejercicio de ciertas funciones o actividades; no pude otorgar testamento cerrado ni ológrafo, la ley sólo le permite testar por escritura pública, con ciertas formalidades adicionales (Artículo 693° del Código Civil). Los ciegos están excluidos de realizar determinados actos con el fundamento propio, seguridad del mismo individuo y de la colectividad, sin llegar a incidir sobre el concepto de la subjetividad jurídica.
- 2.8. El accionante, reiteradamente invoca el principio constitucional a la igualdad y a no ser discriminado. El Consejo Nacional de la Magistratura, en ejercicio de una de sus funciones: nombrar previo concurso público de méritos y evaluación personal a los jueces y fiscales de todos los niveles, en concordancia con lo prescrito en los artículos 150° y 154° de la Constitución Política del Estado, expidió la Convocatoria número 002-2009-CNM, para cubrir plazas vacantes de Jueces y Fiscales de diferentes niveles de la Macro Región Sur.

Corte Superior de Justicia de Cusco Primera Sala Civil

- 2.9. Edwin Romel Béjar Rojas envió por INTERNET al Consejo Nacional de la Magistratura el formulario con sus datos personales para intentar su inscripción como postulante a una Fiscalía Adjunta Provincial del Cusco, consignando entre otros datos: "Cirugías previas: Sí. Detalle: VESÍCULA Y VISTA. Certificado de Discapacidad: SI" (El subrayado es nuestro), (fojas 9). Con los datos así consignados consiguió su inscripción.
- 2.10. Los documentos presentados con posterioridad, consistentes en certificado médico, certificado de discapacidad fueron sometidos a estricto control de fiscalización, en observancia de la disposición contenida en el artículo X del Título Preliminar, Disposiciones Generales del Reglamento de Concursos, detectándose que el prenombrado postulante adolecía de discapacidad visual en forma absoluta, lo que dio lugar a su exclusión del concurso, porque uno de los requisitos para acceder o permanecer en la carrera judicial, es no presentar discapacidad mental, física o sensorial debidamente acreditada, que lo imposibilite para cumplir sus funciones.
- 2.11. Se enfatiza que la disposición contenida en el artículo 177°, numeral 5. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establecía como requisitos comunes para ser Magistrado: *"No ser ciego, sordo, mudo ni adolecer de enfermedad mental o incapacidad física permanente, que le impida ejercer el cargo con la diligencia necesaria"*, fue derogado por la Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley número 29277; no se tiene en cuenta que esta Ley, en su artículo 4°, numeral 6. contempla como requisito: *"No presentar discapacidad mental, física o sensorial debidamente acreditada, que lo imposibilite para cumplir con sus funciones"*; de discapacidad sensorial adolecen los ciegos, sordos y mudos; en consecuencia, quienes sufren de tales anomalías en los sentidos, están impedidos de postular a un cargo en la Magistratura del Poder Judicial y del Ministerio Público.
- 2.12. Se ha considerado discriminatoria la actitud asumida por el Consejo Nacional de la Magistratura, al excluir al demandante del Concurso. La decisión asumida por dicho Organismo tiene un contenido puramente legal, por lo mismo, no puede considerarse discriminatoria; por no constituir "... un trato diferenciado que se da a una persona por ciertas consideraciones que imposibilitan su acceso a oportunidades esenciales concedidas a otros, pese a encontrarse en la misma condición (STC. número 0090-AA/TC); nuestra Constitución Política repudia la discriminación al sujeto con discapacidad y reclama la igualdad ante la ley, por ser un principio de la organización social del Estado.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil

3. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, mi voto es porque sea **REVOCADA** la sentencia de fojas seiscientos noventa y dos, de fecha seis de noviembre de dos mil nueve, que declara **FUNDADA** la demanda constitucional de amparo, interpuesta por Edwin Romel Béjar Rojas contra el Consejo Nacional de la Magistratura; en consecuencia, declara nulo el Acuerdo adoptado en la Sesión Plenaria Ordinaria del Consejo Nacional de la Magistratura del quince de julio del dos mil nueve, de conformidad al informe número 067-2009-CPSN-CNM, que declaró improcedente la solicitud del demandante de otorgarle facilidades para rendir el examen y excluirlo del concurso para la selección y nombramiento de Jueces y Fiscales, materia de la Convocatoria número 002-2009-CNM -Macro Región Sur; con lo demás que contiene; **REFORMÁNDOLA** se declare infundada la demanda en todos sus extremos.

Cusco, 12 de enero de 2010

JUSTO ABRIL DUEÑAS NIÑO DE GUZMÁN
Juez Superior
Primera Sala Civil de Cusco