

**OPINION CONSULTIVA A LOS PROYECTOS DE LEY CONTENIDOS
EN EL OFICIO N° 0745-2023-2024-CCR/CR**

Lima, 08 de abril de 2024

Señora.-

Martha Lupe Moyano Delgado

Presidenta de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República

Referencia: Oficio N° 0745-2023-2024-CCR/CR, pedidos de opinión sobre los proyectos de ley (**6328/2023-CR, 6324/2023-CR, 6321/2023-CR, 6315/2023-CR, 6392/2023-CR, 4475/2022-CR, , 4145/2022-CR**) referentes a reformas al Título Preliminar del Código Procesal Constitucional y al proceso constitucional de amparo.

De mi mayor consideración:

Nos es sumamente grato expresarle nuestros cordiales saludos y a la vez emitir la presente opinión consultiva respecto al proyecto de la referencia.

Atentamente,

Prof. Dr. Gerardo Eto Cruz

SOBRE LAS DIVERSAS PROPUESTAS DE REFORMA Y MODIFICACION AL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

I. La propuesta sobre la Ley que amplía la legitimación del afectado para la defensa de derechos difusos o colectivos a través del amparo

I.1. Análisis del Proyecto de ley N °6328/2023-CR

La señora congresista JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI ha propuesto como iniciativa legislativa la modificación del art. 39 del Código Procesal Constitucional:

"Artículo 39. Legitimación

El afectado es la persona natural o jurídica legitimada para interponer el proceso de amparo. Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona natural o jurídica."

La propuesta no necesariamente tiene que explicitarse en detalles en la citada norma del código porque se encuentra implícita. Así, cuando se hace distinción de persona natural o jurídica constituye una redundancia que es de naturaleza tautológica en tanto en el mundo del derecho, cuando se alude a la persona esta puede ser natural (de carne y hueso) o jurídica llama también persona moral.

Lo más importante es el segundo párrafo en donde se alude a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos. En este caso el proyecto sí resulta pertinente en tanto la doctrina distingue los derechos o intereses difuso de los derechos o intereses colectivos.

Aquí debemos solamente señalar que todo derecho difuso es siempre de naturaleza colectiva; pero no todo interés colectivo es derecho difuso. En ambos se trata de derechos supraindividuales transindividuales o colectivos y en este contexto, la legitimación procesal, según fuere el caso, si se trata de intereses difuso en estricto, se encuentra habilitada cualquier persona natural; pero si se trata de intereses colectivos, aquí la legitimación procesal no la detenta cualquier persona natural sino aquella agrupación colectiva conformada por la reunión de personas agrupadas o no en una asociación, sindicato o cualquier agrupación donde se encuentre en juego un interés grupal en donde no es posible que dichos intereses sean «apropiados» en términos

exclusivos por un grupo individual: se trata de un bien que es el común denominador de un grupo indeterminado pero finito de personas.

Al respecto, Lorenzo Mateo Bujosa respecto a los derechos colectivos indica que tiene tres componentes: uno *objetivo* y que se presenta como un bien que le corresponde o que necesitan el grupo para el ejercicio y disfrute de dicho bien. Este elemento objetivo es el que genera un interés grupal y son bienes que no son pasibles de ser “apropiados” en términos exclusivos por un grupo individual: se trata de un bien que es el común denominador de un grupo indeterminado, pero finito de personas. El segundo componente es el elemento *subjetivo*, en el entendido aquí que en este derecho colectivo no se presenta el interés de una titularidad específica o individualizada. No hay aquí un “rostro” que identifique el interés colectivo –puede haber, digamos, un “dirigente” o una persona que representa la legitimidad procesal–, pero de lo que se trata aquí es que los derechos colectivos no admiten el beneficio de un sector, en el grupo o colectivo, existe una conciencia del colectivo o del grupo que lucha, clama, reclama ese objetivo que es el común denominador de todos: algún derecho supraindividual que identifica a todos. El tercer componente es el *normativo* y que consiste en que depende de la existencia o no del reconocimiento en cada sistema jurídico del proceso judicial que resulte ser la vía idónea para residenciar o postular una pretensión colectiva¹.

RECAPITULANDO:

Si se trata de derechos difusos cualquier persona natural o jurídica se encuentra legitimada para interponer este tipo de derechos supraindividuales o transindividuales; empero, tratándose de derechos colectivos sólo les corresponderá a las personas jurídicas que representan dichos derechos o intereses colectivos.

Podemos concluir que la propuesta de reforma es válida y legítima y es absolutamente constitucional.

oooooooo

II. La propuesta sobre la ley que amplía los derechos protegidos en el proceso de amparo

2.1. Análisis del Proyecto de ley N ° 6324/2023-CR,

¹ BUJOSA VADELL, Mateo: *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 69. Citado por GOZAINI, Osvaldo Alfredo: *Los problemas de legitimación en los procesos constitucionales*, op. cit., p. 130 y ss.

Este proyecto presentado por la Señora Congresista JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI, propone la modificación del art. 44 del CPCConst. en los siguientes términos:

“Artículo 3.- Modificación del artículo 44° de la Ley N° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional

Se modifica el artículo 44° de la Ley N° 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, el cual queda redactado de la siguiente forma:

"Artículo 44. Derechos protegidos El amparo procede en defensa de los siguientes derechos:

(...)

*28) **Bajo una visión de númerus apertus, los demás que la Constitución reconoce los Tratados en Derechos Humanos ratificados por el Perú, así como aquellos establecidos a través de jurisprudencia del Tribunal Constitucional, los cuales pueden ser de naturaleza difusa o colectiva.**"*

Sobre esta iniciativa legislativa, señalamos que no debe prosperar dicha propuesta modificatoria, pese a la buena intención que subyace en dicha reforma; y ello por las siguientes consideraciones:

- a) Un Código no tiene por qué establecer detalles que se encuentran en forma implícita en la interpretación y en la dinámica jurisdiccional;
- b) Señalar que el amparo protege o reconoce “[...] los tratados de Derechos Humanos ratificados por el Perú [...] constituye una redundancia y por lo tanto, un enunciado tautológico; ello en razón a que desde la propia Constitución ya se obliga a la justicia nacional a aplicar el llamado *bloque de convencionalidad* que son los tratados internacionales y según su tipología tienen dos variantes:

i) el bloque de convencionalidad regional.

Se trata de todos los tratados en materia de derechos humanos de la región, y que en líneas generales se presenta como la norma primaria o básica. Entre los principales instrumentos tenemos:

- Pacto de San José de Costa Rica, (Convención Americana de Derechos Humanos 1969),
- Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988),

- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de Pena de Muerte (1990),
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1994),
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994),
- Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (1999),
- Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (2013),
- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (2013).

Tenemos entonces el bloque regional de convencionalidad conformado por:

La Convención Americana de Derechos Humanos + sus “protocolos adicionales” + las diversas Convenciones Interamericana + los fallos (Cosa Juzgada Convencional) de la Corte IDH y las Opiniones Consultivas²; y

ii) El bloque de convencionalidad internacional

Está conformado por los tratados internacionales de derechos humanos³. Se trata del sistema universal y que históricamente arranca desde que la Sociedad de Naciones se transforma en la ONU. Como se recuerda, la Carta de la ONU (1948) originalmente fue suscrita por 51 países, hoy lo integra 192 Estados miembros. En este bloque bien puede identificarse las normas primarias y sustantivas como son:

- i. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- ii. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial
- iii. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- iv. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- v. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

² ETO CRUZ, Gerardo: *Problemas contemporáneos del control convencional*. San Bernardo, Lima 2021. pp. 91 y 92.

³ HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Óscar L.: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 4 volúmenes, Ediar, Buenos Aires, 2007.

- vi. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- vii. Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte
- viii. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- ix. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer
- x. Convención sobre los Derechos del Niño
- xi. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía
- xii. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados
- xiii. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones
- xiv. Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- xv. Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
- xvi. Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares
- xvii. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad
- xviii. Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad
- xix. Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas

En rigor, el *bloque de convencionalidad internacional* en su conjunto también se le identifica como la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Por lo expuesto, es de suponer que la propuesta que realiza con muy buena intención la citada congresista, ya se encuentra prevista no solo en el derecho internacional de los derechos humanos; sino en nuestra propia legislación.

Así en la misma Constitución se establece en la IV Disposición Final y Transitoria *in verbis* lo siguiente:

“Cuarta. *Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.*

Igualmente en el mismo Código Procesal Constitucional, existe en su Título Preliminar, 2 artículos que inciden sobre lo mismo:

“Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales

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 con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”.

Artículo IX. *Aplicación supletoria e integración Solo en caso de vacío o defecto del presente código son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”*

En conclusión, este proyecto no debe prosperar porque es una redundancia sistémica, siendo que existen normas internacionales tanto del llamado Bloque de convencionalidad como de nuestro bloque de constitucionalidad⁴ que obligan a los jueces a aplicar los tratados en materia de Derechos Humanos y porque en torno a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también existe una cláusula expresa que es la siguiente:

Artículo VII. Control difuso e interpretación constitucional
[...]

⁴ Sobre el particular puede verse el trabajo de MANILI, Pablo Luis: *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. p. 201 y ss.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Es más esta misma clausula exactamente se reitera en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Ley, 28301, en cuya Primera Disposición Final se lee lo siguiente:

“PRIMERA.- *Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”.*

oooooooooooo

III. La propuesta sobre la Ley que establece la representación procesal difusa para el amparo en materia ambiental.

3.1. Análisis del Proyecto de ley N ° 6321/2023-CR

La Señora Congresista JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI, ha propuesta la modificación del art. 40 del Código Procesal Constitucional y que aquí transcribimos:

"Artículo 40. Representación procesal

[...]

Cualquier persona natural o jurídica puede presentar una demanda de amparo ambiental cuando del petitorio se dilucide que busca proteger el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida o algún derecho conexo a ellos, el cual tiene la calidad de derecho difuso; por lo cual, en base al Principio de Prevención, el juez debe rechazar de plano cualquier acción procesal dilatoria y darle un tratamiento de proceso urgente a través del amparo ambiental.

La propuesta estuvo primigeniamente en el anterior Código Procesal Constitucional (Ley 28/237) en el mismo art. 40 que no ha sido comprendida en el actual Código. Así en su versión primigenia del otrora Código se disponía lo siguiente:

"Artículo. Representación procesal.-

[...]

Asimismo, puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, así como las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos”.

Si bien los derechos difusos no requieren una expresa regulación, dada la *formación jurídica meramente positivista* en la que se encuentran los jueces del Perú, con un galopante reduccionismo normativo; sí es factible que se incorpore el Proyecto de Reforma, pero no en la versión que propone la señora congresista en este Proyecto de Ley 6321-2023-CR, sino en los términos de nuestro primigenio Código, en el párrafo ya aludido.

oooooo

IV. La propuesta sobre la ley que modifica el artículo VIII del Título Preliminar de la ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional

4.1. Análisis del Proyecto de ley N ° 6290/2023-CR

La propuesta que realiza el congresista Alejandro Muñante en torno a la reforma del Art VIII del TP del Código Procesal Constitucional gira sobre lo siguiente:

"Artículo VIII.

Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales 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 y los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte.

En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y los derechos humanos.”

Esta propuesta pretende excluir el siguiente párrafo de la Disposición del citado artículo VIII del TP del Código Procesal Constitucional que es el siguiente:

“[...]

Así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.”

Esta propuesta, se encuentre o no establecida, es irrelevante, dado que a nivel de la literatura del *control convencional*, las decisiones que emiten los tribunales internacionales forman parte del llamado *bloque de convencionalidad* a la cual los jueces nacionales se ven obligados a cumplir. En los últimos tiempos, la Corte IDH, ha venido ejerciendo una invasión soberana a decisiones de *políticas internas* que, bajo el pretexto de violaciones a los Derechos Humanos, han entrado a emitir resoluciones extremadamente urgentes y que sería largo enumerar. Con todo, somos de la opinión que debe preservarse la versión original del actual Código, correspondiéndole a los jueces nacionales ver en qué casos las sentencias convencionales que emitan los Tribunales Internacionales pueden *relativizarse* bajo la tesis de la doctrina del «*margen de apreciación nacional*», en donde la Soberanía Nacional puede, a través de sus jueces relativizar su ejecutabilidad. Al respecto, esta doctrina ciertamente polémica ha sido entre otra cosa definida en los siguientes términos que aquí preferimos citar al profesor Javier García Roca que ha señalado:

“II. Origen, concepto, justificación. Procede de las técnicas del Consejo de Estado francés y de la categoría de discrecionalidad administrativa. Pero el Tribunal Europeo (TEDH) ha desarrollado la idea con perfiles propios. No obstante, fue la Comisión quien la creó en casos como el de la denuncia del Reino Unido a Grecia por implantar medidas de emergencia en Chipre y en otros ligados al art. 15 CEDH, que permite derogar las obligaciones en supuestos de guerra o de peligros públicos. El margen está allí ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar la situación de emergencia, que limitaba la supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas. Un origen excepcional que explica la tosquedad de la técnica, pero que corresponde mal con su normalización como herramienta jurisdiccional. El TEDH nunca la ha definido con precisión, pero ha invocado la subsidiariedad como su fundamento, y reclamado la libertad de configuración del legislador nacional para cohesionar intereses complejos y contrapuestos. El margen traza una imprecisa línea divisoria entre las cuestiones sobre derechos que deben decidir las autoridades nacionales, y las que deben armonizarse a nivel europeo, fijándose unos estándares mínimos y comunes. El Convenio Europeo no es una declaración federal de derechos y cierta autocontención del TEDH parece normalmente necesaria en terrenos como son la prueba de los hechos, la interpretación de la legalidad ordinaria y la libre configuración doméstica de los derechos por el legislador. La justificación de esta cortesía o deferencia no es otra que el carácter internacional de la garantía y el fuerte pluralismo cultural de los pueblos europeos”⁵.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ya ha aplicado esta figura en la CSJ 368/1998- Caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe Sentencia dictada

⁵ GARCÍA ROCA, Javier: “ Margen de apreciación nacional”: En: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Fabiola Martínez Ramírez y Giovanni A. Figueroa Mejía (Coordinadores): *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. Tomo II. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2014, pp. 901.

en el caso *Fontevicchia y D, Amico vs Argentina* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶.

Recapitulando sobre esta propuesta, somos de la opinión que no debe prosperar y que se preserve el texto tal cual, y ello por una razón empírica concreta: que su supresión puede dejar desguarnecido la rica jurisprudencia primigenia de la Corte IDH a la cual miles de justiciables en el Perú al no tener amparo en su jurisdicción doméstica o interna, pueden controvertirlo a través de la técnica del llamado *control difuso de convencionalidad*⁷ donde los jueces nacionales pueden ejercer el control frente a normas, sentencias y otras decisiones gubernamentales internas del país que se contrapongan ante el bloque de convencionalidad. La otra opción es que, agotada la jurisdicción doméstica o interna, los ciudadanos frente a decisiones muchas veces mediáticas que traen consigo manifiestas violaciones a los estándares de los Derechos Humanos, inicien el periplo de interponer su acción ante la Comisión IDH y finalmente a la Corte IDH. El que actualmente la composición de la Comisión y de la Corte, salvando honrosas excepciones, esté siendo ideologizada por un progresismo de un “nuevo constitucionalismo” (ropaje de académicos de ideología neomarxista)⁸, no debe llevar a que el Perú se auto excluya, como proponen muchos legisladores de dejar de pertenecer al Sistema Regional de Derechos Humanos; es más son infinitos los jueces que violan permanente el Bloque pacífico de convencionalidad y yugulan restricciones de derechos humanos, sin necesidad de que cuenten con esta propuesta de reforma al Código.

OOOOOO

V. La propuesta sobre la ley que facilita la representación procesal difusa en el proceso de amparo, para personas naturales o jurídicas no residentes en el Perú

5.1. Análisis del Proyecto de ley N ° 6392/2023-CR

La Señora Congresista JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI, ha propuesto la modificación del art. 40 del Código Procesal Constitucional y que aquí transcribimos:

“Artículo 40. Representación procesal

⁶ Ver: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-ministerio-relaciones-exteriores-culto-informe-sentencia-dictada-caso-fontevicchia-damico-vs-argentina-corte-interamericana-derechos-humanos-fa17000003-2017-02-14/123456789-300-0007-1ots-eupmocsollaf>

⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coordinador): *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Querétaro, Fundap, 2012, p. 107 y ss.

⁸ ETO CRUZ, Gerardo: “Una visión constitucional de la globalización desde la perspectiva latinoamericana”, en: *Constitución y Democracia. 30 Años de Desarrollo Constitucional en el Perú (1993-2023)*, Lima, San Bernardo, 2023 p. 339 y ss.

[...]

*Tratándose de personas **naturales o Jurídicas** no residentes en el país, la demanda será formulada por representante acreditado. Para este efecto, será suficiente el poder fuera de registro otorgado ante el cónsul del Perú en la ciudad extranjera que corresponda y la apostilla de la firma del cónsul ante el Ministerio de Relaciones Exteriores, no siendo necesaria la inscripción en los Registros Públicos. **La acreditación consular y el apostillado no será necesario cuando se trate de la defensa de derechos difusos o derechos colectivos**".*

Esta propuesta que formula la misma congresista y que líneas arriba ya nos hemos pronunciado en torno a la reforma del art. 40 del Código Procesal Constitucional, debe ser de plano desechada, por cuanto la esencia y naturaleza de los procesos constitucionales, fundamentalmente radican en **que el afectado debe ser la persona legitimada para interponerlo** (art. 39 del citado Código), y esta propuesta puede abrir las compuertas a una manipulación de organizaciones no gubernamentales bajo el ropaje de tutelar derechos difusos, supraindividuales, transindividuales o colectivos; y quien quiera preservar tales derechos *prima facie* deben ser nacionales que defiendan nuestro propio ecosistema de vida.

oooooooo

VI. La propuesta sobre la ley que modifica el artículo 101 de la ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, para restablecer como anexo de la demanda de inconstitucionalidad o competencial que interponga el Poder Judicial, la certificación del Acuerdo de la Sala plena de la Corte Suprema de Justicia.

6.1. Análisis del Proyecto de ley N ° 4475/2022-CR

Esta propuesta legislativa formulada por la Congresista JHAKELINE KATY UGARTE MAMANI, plantea la modificación del art. 101 del Código Procesal Constitucional y que aquí transcribimos:

"Artículo 101. Anexos de la demanda de la demanda se acompañan, en su caso:

- 1) *Certificación del acuerdo adoptado en Consejo de Ministros, cuando el demandante sea el presidente de la República;*
- 2) Certificación del acuerdo adoptado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia;**
- 3) *Certificación de las firmas correspondientes por el oficial mayor del Congreso si los actores son el 25% del número legal de congresistas;*

- 4) *Certificación por el Jurado Nacional de Elecciones, en los formatos que proporcione el Tribunal, y según el caso, si los actores son cinco mil ciudadanos o el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, conforme al artículo 203, inciso 6), de la Constitución;*
- 5) *Certificación del acuerdo adoptado en la junta directiva del respectivo colegio profesional; o*
- 6) *Certificación del acuerdo adoptado en el consejo de coordinación regional o en el concejo provincial, cuando el actor sea gobernador de región o alcalde provincial, respectivamente."*

En torno a esta propuesta opinamos lo siguiente:

- a) **Respecto a la Certificación del Acuerdo adoptado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, SÍ es pertinente**, dado que actualmente el artículo 203 de la Constitución se ha ampliado la legitimidad procesal para plantear demanda de inconstitucionalidad al Presidente del Poder Judicial, con acuerdo de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, por lo que esta propuesta es imprescindible.

oooooo

VII. La propuesta sobre la ley que modifica los artículos 110, 111 y 112 de la ley 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional.

7.1. Análisis del Proyecto de ley N ° 4175/2022-CR

Esta propuesta legislativa la formula el congresista ESDRAS RICARDO MEDINA MINAYA y tiene como finalidad la modificación del art. 110, 111 y 112 del Código Procesal Constitucional y que aquí transcribimos:

"Artículo 110. Medida Cautelar

Admitida la demanda competencial, el demandante puede solicitar al Tribunal la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto que contiene la pretensión, en todo o en parte, por medida cautelar. Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, sea judicial, administrativo o de cualquier otra índole o denominación, debe suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional, bajo responsabilidad de oficio o a petición de parte.

El Tribunal Constitucional podrá conceder, en todo o en parte, la medida cautelar solicitada, basado en la verosimilitud de la pretensión, en real peligro en su demora y en la razonabilidad de la medida cautelar a conceder.

La concesión de la medida cautelar requiere el voto de la mayoría absoluta de los magistrados asistentes al Pleno. En caso de empate, el presidente del Tribunal tiene voto dirimente o decisorio.

Artículo 111. Calificación de la demanda

Si el Tribunal Constitucional estima que existe materia de conflicto cuya resolución sea de su competencia, declara admisible la demanda y dispone los emplazamientos correspondientes. Se requiere del voto de la mayoría absoluta de los magistrados asistentes al Pleno para declarar su admisibilidad. En caso de empate, el presidente del Tribunal tiene voto dirimente o decisorio.

El procedimiento se sujeta, en cuanto le sea aplicable, a las disposiciones que regulan el proceso de inconstitucionalidad.

El Tribunal puede solicitar a las partes las informaciones, aclaraciones o precisiones que juzgue necesarias para su decisión. En todo caso, debe resolver dentro de los treinta días hábiles siguientes a la vista de la causa en audiencia pública.

“Artículo 112. La sentencia en los procesos competenciales y sus efectos

En los procesos competenciales, la sentencia se obtiene con el voto conforme de la mayoría absoluta de magistrados asistentes al Pleno. En caso de empate de votos, el presidente del Tribunal tiene voto dirimente o decisorio. La sentencia del Tribunal vincula de pleno derecho a los poderes públicos, órganos constitucionales, órganos regionales y organismos municipales, y tiene plenos efectos frente a todos, sin excepción. Determina los poderes o entes estatales a que corresponden las competencias o atribuciones controvertidas y anula las disposiciones, resoluciones o actos viciados de incompetencia. Asimismo, resuelve en su caso, lo que procediere sobre las situaciones jurídicas”.

A.- La propuesta que formula el citado congresista al artículo 110 en su primer párrafo, estimamos que no es viable dicha reforma o modificación y debe preservarse la formula establecida en el actual Código. Y es que esta iniciativa a dicha disposición del primer y extenso párrafo del citado artículo, gira en torno al operador deóntico donde mientras en el actual Código el operador deóntico está bajo el verbo rector de que el Tribunal «podrá suspender**», en la reforma que se propone «**debe suspender**». La propuesta es imperativa, no dándole facultades discrecionales ni valorativas al Tribunal Constitucional de analizar si concede o no una suspensión de la controversia derivada de un conflicto de competencias o de atribuciones. Por tanto, esta fórmula que se propone de obligar imperativamente a suspender un procedimiento de conflicto de competencia, viola la autonomía jurisdiccional en este caso de los miembros del Tribunal Constitucional, pues este tipo de conflictos con mucho tino debe ser analizado y sopesado por el Alto Colegiado Constitucional, debiendo tener una libertad discrecional en admitir un tema cautelar que siempre gira bajo los cánones de probabilidad y de ciertos presupuestos vinculados a la apariencia del buen derecho y del peligro en la demora.**

B.- El segundo párrafo ya transcrito expresa una antinomia con el primer párrafo pues, como se ha visto, mientras se dispone que el Tribunal debe suspender un procedimiento en este segundo párrafo se aprecia el siguiente fraseo: “*El Tribunal Constitucional **podrá conceder**, en todo o en parte, la medida cautelar solicitada, basado en la verosimilitud de la pretensión, en real peligro en su demora y en la razonabilidad de la medida cautelar a conceder*”. (negrita nuestra)

Como se podrá apreciar, este párrafo no guarda simetría y coherencia con el primer y extenso párrafo presentándose aquí un *oxímoron* normativo y por ende contrapuesto invalidándose uno y otro.

C.- Finalmente el último párrafo establece lo siguiente: “*La concesión de la medida cautelar requiere el voto de la mayoría absoluta de los magistrados asistentes al Pleno. En caso de empate, el presidente del Tribunal tiene voto dirimente o decisorio*”. Este enunciado normativo también es inviable porque está estableciendo la contingencia para adquirir mayoría absoluta de votos la mera asistencia de los magistrados al Pleno; siendo que, la justicia constitucional se conforma por el Pleno y su exigencia es siempre de 5 votos conformes dada la trascendencia de la suspensión de un presunto conflicto de competencia o de atribuciones que se suscita a raíz de una medida cautelar.

En concreto este artículo no debe prosperar y debe preservarse la cláusula en su versión primigenia del actual Código Procesal Constitucional.

Respecto a la modificación del art. III como propuesta de reforma, establece en el primer párrafo que para la calificación de la demanda se requiere del voto «de la mayoría absoluta de los magistrados asistentes al Pleno», esto significa que con los que asistan definen su admisibilidad; esta fórmula es inviable y no debe prosperar, deberá requerirse siempre los 5 votos conformes de los 7 magistrados, por lo que aquí, ni tan siquiera corresponde que se aplique el voto decisorio del Presidente del TC.

El último párrafo del art. III de la propuesta del citado congresista es que el conflicto competencial debe resolverse en 30 días de los 60 días hábiles que actualmente dispone el Código. La prudencia aconseja que los procesos constitucionales que forman parte de lo que Mauro Cappelletti denominara *jurisdicción constitucional orgánica*, es decir los procesos como el de inconstitucionalidad y el competencial, deben tener, en la línea del tiempo, una hermenéutica sin prisa pero sin pausa, que no marche a contra corriente con los tiempos de hiperaceleración⁹, por tanto, esta propuesta del art. III, no es viable y debe seguir preservándose la fórmula del actual código.

⁹ NOVO, María: *La sociedad de las prisas. Vivir despacio para vivir mejor*. Ediciones Obelisco. Barcelona 2023.

Finalmente, en cuanto a la modificación del art. 112, propuesta por el citado congresista, somos de la opinión que resulta inviable por las siguientes razones:

- a) Mantiene la lógica de que siempre debe ser con votos «conforme de la mayoría absoluta de los magistrados asistentes al Pleno», y con ello puede festinarse la exigencia de los votos tasados de 5 que deben suscribir la resolución que pone fin a un proceso competencial. La exigencia de estos 5 votos es homologable a la exigencia para obtener también una declaratoria de inconstitucionalidad que es lo que establece el art. 107 del actual Código Procesal Constitucional.
- b) El Segundo párrafo del art. 112, de la propuesta modificatoria constituye una redundancia pues prescribe que la sentencia del Tribunal debe vincular no sólo a los poderes públicos sino también «a los órganos constitucionales, órganos regionales y organismos municipales», siendo un enunciado nuevamente tautológico y redundante.



Prof. Dr. Gerardo Eto Cruz