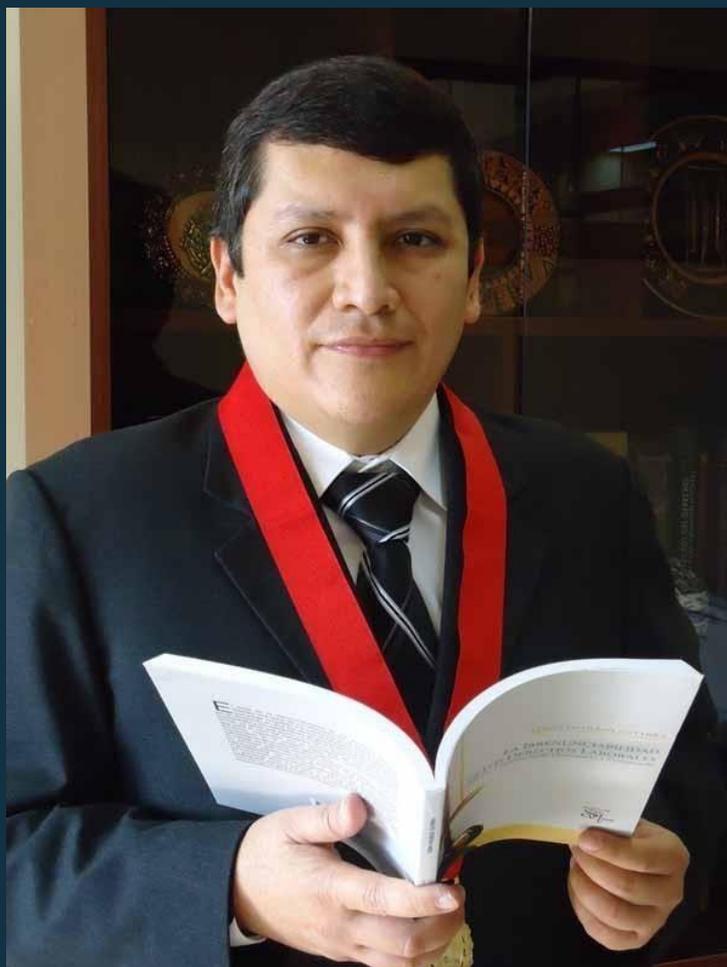


EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ. ALGUNAS REFLEXIONES CRÍTICAS

THE NEW CONSTITUTIONAL PROCEDURAL CODE OF PERU. SOME CRITICAL REFLECTIONS



Edwin Figueroa Gutarra¹

Perú ha acumulado una experiencia de campo de interés con la dación de sus Códigos Procesales Constitucionales de 2004 y 2021. La forja de los derechos fundamentales y de la primacía normativa de la Constitución se ha afianzado, con esas herramientas, a través de los procesos constitucionales previstos en estos instrumentos normativos. Sin embargo, deviene necesario asumir una posición de reflexión crítica sobre el último Código, en tanto hemos de cuestionarnos si las nuevas reglas previstas por esa norma, son compatibles con la Norma Fundamental. Desarrollamos, en esa línea, el análisis de algunos conceptos como vigencia y validez de la ley, y mutación constitucional de las normas respecto de los temas planteados.

¹ Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL). E-mail: efigueroag@pj.gob.pe

Palabras clave: Código Procesal Constitucional; Derechos fundamentales; Primacía normativa de la Constitución; Vigencia y validez de la ley; Mutación constitucional; Déficit deliberativo.

Peru has accumulated a field of interest experience with the enactment of its Constitutional Procedural Codes of 2004 and 2021. The forging of fundamental rights and the normative primacy of the Constitution has been strengthened, with these tools, through the constitutional processes provided for in these normative instruments. However, it becomes necessary to assume a position of critical reflection on the latest Code, insofar as we have to question whether the new rules provided for by that norm are compatible with the Fundamental Norm. In this line, we develop the analysis of some concepts such as formal validity and material validity of the law, and constitutional mutation of the norms regarding the issues raised.

Keywords: Constitutional Procedural Code, Fundamental rights; Normative primacy of the Constitution; Force and validity of the law; Constitutional mutation; Deliberative deficit.

INTRODUCCIÓN

Desde su dación e incorporación al ordenamiento jurídico las leyes gozan de una presunción de constitucionalidad al tiempo que asumen vida propia en un contexto que podemos llamar, de alguna forma, de ajenidad. La idea aquí a explicar es que las leyes adquieren, en sus interacciones en el marco de las relaciones jurídicas en la sociedad, una existencia particular, y ya no pertenecen en estricto al legislador de origen. Este último podrá ser el intérprete auténtico de la ley, pero deberá satisfacer, en su interpretación de la norma creada, un examen de compatibilidad con el ordenamiento constitucional vigente, tránsito que puede acarrear, algunas veces, mutaciones constitucionales, esto es, variedad de ángulos interpretativos de ductilidad de los derechos, y de condiciones de maleabilidad de las reglas. Es decir, ya no se explica la ley como un concepto nominal o semántico, anquilosado en su definición de origen, sino la ley misma, en un sentido dinámico, adquiere vida propia y va interactuando en sociedad.

Por una parte, la presunción de constitucionalidad de la ley nos refiere una premisa de compatibilidad de rigor de esta con la Carta Fundamental, es decir, se asume que no solo cumplen las leyes un requisito de vigencia en sentido formal, sino que satisfacen una condición de existencia material, al asumirse una característica de concordancia práctica con la Constitución. De otro lado, como hemos acotado, la realidad es dinámica y somete la ley a los baremos de mutaciones y variaciones que buscan adaptar la norma a la realidad.

Unas veces se logra esa adaptación de la ley al flujo de las relaciones jurídicas que intercambian efectos constantes en el mundo del Derecho, y vía interpretaciones correctoras, su literalidad se reenfoca en una nueva comprensión de la regla, salvando su constitucionalidad. Otras veces, sin embargo, la mutación de la ley no es posible, a pesar del esfuerzo del intérprete por hacerla compatible con la Norma de Normas y, por ende, se abren los caminos para su modificación o su expulsión del ordenamiento jurídico.

En seguimiento de las premisas expuestas, motiva este estudio la dación del nuevo Código Procesal Constitucional (nuevo CPConst) de Perú, Ley 31307, sobre el cual pretenderemos abordar algunas líneas de reflexión crítica, más aún cuando dilucidado un proceso de inconstitucionalidad en 2021 contra esta norma, el Tribunal Constitucional, en votación dividida, ha declarado infundada la demanda incoada contra este nuevo grupo de normas sobre procesos constitucionales, el mismo que reemplaza al anterior Código Procesal Constitucional de 2004.

Engarzamos esto último con nuestras afirmaciones iniciales en el sentido de que no nos persuadimos, y así adelantamos una necesaria

conclusión, de la constitucionalidad del nuevo Código adjetivo en varios de sus aspectos, que hemos de graficar a grandes rasgos. Y, sin embargo, la condición de ciudadanos respetuosos de un Estado de derecho, nos inclina a asumir la constitucionalidad de la decisión de la mayoría de magistrados del Tribunal, respecto de salvar la constitucionalidad del nuevo Código. A pesar de lo señalado, postulamos que se abre un importante espacio para que los jueces constitucionales asuman figuras de ductilidad, maleabilidad y, por ende, reexpresión de los contenidos materiales de la nueva norma, a fin de concretar su compatibilidad con la Norma Normarum.

Nos parece de importancia destacar, entre otros aspectos, grosso modo y con ánimo didáctico académico, cuáles han sido, en general, algunos de los fundamentos de la demanda de inconstitucionalidad contra esta novísima ley, por un lado, y cuál ha sido la posición del Tribunal Constitucional al respecto, en tanto ha habido en valoración diversos principios de relevancia sobre los cuales es pertinente anotar algunas líneas de interés.

Adelantamos, ciertamente, lo valioso de la experiencia peruana en materia procesal constitucional, sobre todo a partir de la dación del anterior y primer Código Procesal Constitucional de 2004, esbozo histórico que ha permitido que Perú acumule un trabajo de campo de interés, no solo en el afianzamiento de los procesos constitucionales de habeas corpus, amparo, habeas data, cumplimiento, de inconstitucionalidad, competencial y de acción popular, sino que ese insumo de experiencia de base ha servido para contrastar las coyunturas complejas que nos presenta el nuevo Código adjetivo sobre la materia.

Ciertamente esta nueva herramienta, lo creemos así, irá adquiriendo vida propia en su adaptación al ordenamiento jurídico. Algunas disposiciones suyas deberán asumir una naturaleza maleable, quizá de ductilidad, o en alguna forma tendrán que mutar en contenidos materiales, y, sin embargo, otras tantas seguirán demandando modificaciones legislativas para enmendar los visos de inconstitucionalidad que parecen identificarlas.

En conjunto, se trata de un ejercicio de contrastes en planteamientos, es decir, lo que se debe derogar, lo que se debe adaptar, lo que debería mutar, o aquello que sea, en cierto modo, maleable. He ahí la complejidad y el interés del enfoque constitucional sobre los derechos fundamentales y el principio de primacía normativa de la Constitución, dado que los ángulos grises, brumosos e indeterminados que caracterizan estas materias, nos conducen siempre a debates inconclusos donde la razonabilidad de los principios se opone, a veces coincidiendo, a veces no, a la racionalidad de las reglas.

Estos enfoques revisten cierta utilidad en el marco del propósito de Brasil de adoptar un Código Procesal Constitucional y, desde la experiencia de campo de Perú, es importante evaluar que, sin un Código adjetivo de este tipo, no hay una organicidad adecuada en la defensa, protección y tutela de los derechos fundamentales y de la cláusula de primacía normativa de la Constitución. Sin perjuicio de lo expresado, la adopción de un Código de esta naturaleza, tampoco está exenta de vicisitudes y dificultades en los caminos de aplicación de las normas, y la experiencia peruana así lo demuestra.

La idea sustantiva a este respecto, entonces, es que la vivencia de adopción del Código en definitiva es valiosa y que vale la pena, de lejos, embarcarse en ese propósito de utilidad. Desde esa acotación, las vicisitudes de Perú en este campo pueden constituir un baremo de referencia y utilidad para que el tránsito de las nuevas normas sea más manejable, asimilando las enseñanzas en el camino de consolidación del Código, pues como Machado alguna vez aseveraba "Caminante, no hay camino, camino se hace al andar". En ese norte de ideas, habrá que adoptar el Código adjetivo en la materia para experimentar el grado de mejora de defensa de los derechos fundamentales o, en su caso, aprender de los errores en el camino para enmendar lo que sea necesario ajustar.

1 VIGENCIA, VALIDEZ Y MUTACIÓN DE LAS NORMAS

La vigencia de la ley constituye una figura que nos conduce a examinar el contenido prevalentemente formal de la misma ley. Aludir a la vigencia de la norma nos lleva a asumir que se ha cumplido un procedimiento preestablecido, en el ámbito legislativo, que implica una propuesta de la norma, su discusión en sede parlamentaria, su aprobación con las mayorías legislativas necesarias, y su promulgación por parte del Poder Ejecutivo. Esta condición de existencia formal es ineludible a fin de que la regla alcance sus efectos de aplicación, pues una norma que no hubiera seguido estos procedimientos, no puede considerarse vigente y, por tanto, no deviene racionalmente obligatoria ni exigible.

En forma adicional, comprendemos por validez de la ley su compatibilidad material con el ordenamiento jurídico, en la medida que se trata de un segundo examen de la ley, luego de la verificación de su vigencia, esto es, no basta que una norma satisfaga el requisito normal de encontrarse vigente. Es necesario completar un examen de constitucionalidad, bajo estándares de razonabilidad y proporcionalidad, que solo puede ser cumplido en tanto la ley sea compatible con la Norma de Normas que es la Constitución.

Para efectos de nuestro examen en este artículo, hemos de anotar que el nuevo CPCConst es una norma vigente, de ello no nos quepa la menor duda. Y,

sin embargo, la cuestión es si sus normas son compatibles con la Carta Fundamental, lo cual exige se cumplan los baremos de examen antes anotados, es decir, si las nuevas regulaciones planteadas cumplen el requisito de ser razonables, al no imponer condiciones excesivamente verticales u onerosas en sus interacciones jurídicas; y si de otro lado, se cumplen los baremos de proporcionalidad de la norma, concepción que se ha ido afianzando en el ordenamiento constitucional desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, a partir de 1951, y que en realidad incide en una idea de mensura proporcional de la ley respecto de la Constitución.

La anterior afirmación quiere decir que, si la norma es excesiva y crea situaciones de ambigüedad, por múltiples significados, entonces deben reducirse los espacios de sus contenidos materiales. De la misma forma, si expresa muy poco y crea situaciones de lagunas, entonces, bajo criterios de integración, deben ser colmados esos vacíos, a fin de encontrar una adecuada compatibilidad de esa regla con la Constitución.

Desde el eje anotado, es nuestro planteamiento que deviene en un aporte al ordenamiento que nuevas regulaciones mejoren la aplicación y desenvolvimiento de las normas. Asumimos que la nueva ley, prima facie, busca mejorar el contenido de la regla anterior. Esta es una presunción de facto y, sin embargo, el panorama deviene complejo cuando la nueva regla no supera a la anterior, sino expone un escenario más complejo de aplicación, sea porque causa efectos adversos a los buscados, sea porque el examen del legislador devino incompleto y, en esa situación, crea contextos adversos de despliegue de sus efectos.

Bajo la pauta descrita, la interposición de un proceso de inconstitucionalidad contra las nuevas regulaciones, implica discutirle al legislador no su calidad mayoritaria, ni tampoco entrar a un debate contramayoritario, en tanto los jueces constitucionales gozan de atribuciones, bajo criterios nomofilácticos, para expulsar las normas del ordenamiento jurídico y, por tanto, pueden ordenar cesen los efectos de una ley. En suma, se trata de aplicar un baremo de control de constitucionalidad, necesario en todo ordenamiento jurídico, en cuanto son exigibles leyes que cumplan no solo requisitos de vigencia, sino también de validez.

En consecuencia, en un resumen de lo hasta aquí examinado, las normas jurídicas, incluidos los Códigos adjetivos como el nuevo CPCConst de Perú, demandan cumplir un ineludible requisito de validez para desplegar, en forma razonable y proporcional, sus efectos de aplicación.

La cuestión que planteamos respecto a la mutación de la norma constituye un escenario que podemos considerar simultáneo, con márgenes de

independencia, respecto a la aplicación de la ley. En efecto, la mutación implica una variación del contenido material de la norma, y un criterio de aproximación al respecto bien puede encontrarse, como punto de partida, en la distinción que realiza Riccardo Guastini entre disposición y norma (2011, p. 136). Por aquella se entiende la regla sin interpretar, y esta última alude a la regla ya interpretada. Aquella es un simple enunciado lingüístico; esta es, en rigor, un sentido interpretativo.

Lo relevante del planteamiento de Guastini reside en que el sentido interpretativo involucra una asignación de significado que, no pocas veces, puede no coincidir con el tenor literal de la regla sometida a examen y eso, desde ya, demanda comprender la diferencia entre interpretación literal y correctora (2014, p. 109). Aquella atiende a la dimensión formal de la regla sometida a examen, y se circunscribe solo a comprender la interpretación objetiva que se desprende de la regla.

Por su lado, la interpretación correctora, debemos anotar, puede extenderse incluso a una interpretación extensiva de lo establecido por la regla, no coincidir con su significado formal y, por tanto, entenderse una variación sustantiva de lo aportado formalmente por la regla inicial. He aquí una cuestión de mutación de la regla, la cual puede entenderse como una variación del significado.

Para el efecto indicado, en consecuencia, la norma puede mutar desde su misma aplicación objetiva y adaptarse al ordenamiento jurídico vigente. No estamos aquí ante una figura de aplicación directa de la ley, sino que la misma realidad, en su interacción dinámica de las relaciones jurídicas que involucra, logra que la norma mute en sí misma en su significado material. Esto es, el contenido formal sigue siendo el mismo, pero su comprensión cambia, lo cual incide en que se mantenga la constitucionalidad de la regla de origen. En rigor, la norma conserva su extensión formal, pero cambia su comprensión material.

En vinculación con nuestro tema, hemos de discutir en qué medida podemos encontrar una correlación de contenidos entre la mutación constitucional y una acción propia de inconstitucionalidad. Los niveles de interrelación son múltiples, pero es necesario centrarnos, al menos, en dos cuestiones. Una primera es que la norma mute propiamente en su comprensión, incluso si no se interpone un proceso de inconstitucionalidad, o si interpuesto este, la regla advierta, en la práctica, una mutación de su aplicación material. En ese caso, salva esa comprensión la constitucionalidad de la norma y, por ende, sigue perteneciendo la misma norma al ordenamiento jurídico. En este último caso, el juez constitucional asume que no hay función correctora alguna que desempeñar.

Desde otra perspectiva, la mutación puede ser sometida a examen bajo reglas de control de

constitucionalidad. En este caso, igualmente podemos advertir, junto a varias alternativas, dos escenarios principales. Uno primero residiría en el hecho de que, sometida la ley a control constitucional, el Tribunal Constitucional adopte una interpretación correctora, extensiva o restrictiva que, cambiando el sentido de comprensión de la regla sometida a examen, haga mutar la extensión material de la norma, pero salve su constitucionalidad.

El segundo panorama devendría más complejo, pues no obstante haberse buscado un examen de compatibilidad con la Constitución, no es posible salvar la presunción de constitucionalidad de la ley, con lo cual la norma cae y se hace necesaria, en términos kelsenianos, su expulsión del ordenamiento jurídico.

Veamos en dónde podemos ubicar el contexto de la ley sometida a examen, esto es, a propósito de la revisión del proceso de inconstitucionalidad contra el nuevo CPConst.

2 ALGUNAS CUESTIONES CRÍTICAS SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ DE 2021

Efectuadas algunas precisiones de rigor sobre vigencia, validez y mutación de las normas, ejes necesarios para entender nuestros planteamientos, abordamos algunas cuestiones críticas, las más relevantes a criterio nuestro, en relación a la STC 00025-2021-PI/TC y 00128-2021-PI/TC, de fecha 23 de noviembre de 2021, la misma que define la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la Ley 31307, instrumento que pone en vigencia el nuevo CPConst de Perú, el cual sucede al Código adjetivo de 2004.

Una guía de examen de criterios sobre la demanda puede ser verificada en la aludida demanda de inconstitucionalidad presentada por el Colegio de Abogados de La Libertad, de fecha 26 de julio de 2021, la cual incide en varios temas de incompatibilidad constitucional del nuevo Código.

Por razones de espacio, nos hemos de centrar solo en tres rubros: la obligatoriedad de no declarar la improcedencia liminar de la demanda, y la contravención de dos importantes precedentes vinculantes, contenidos en la STC 2383-2013, caso Elgo Ríos, y STC 00987-2014-PI/TC, caso Vásquez Romero, los cuales aluden a los conceptos de las vías igualmente satisfactorias respecto de la interposición de procesos constitucionales, el primero; y sobre los requisitos de procedencia del recurso de agravio constitucional, respecto del segundo.

Sin embargo, a pesar de lo cerrado del examen a desarrollar, pues solo abarcamos algunos conceptos que abordan la demanda y la sentencia, no podemos dejar de incluir algunos criterios de contexto muy importantes, y para ello nos adelantamos a examinar un término que la sentencia recoge, en el voto en minoría, al aludir a un "déficit deliberativo", en relación al

reducido espacio de discusión que esta nueva norma exhibió.

En efecto, dicha norma fue aprobada en una denominada legislatura extraordinaria, cuando ya se cerraban las actividades formales del último Parlamento y, adicionalmente, se aprobó la norma por el mecanismo de insistencia, es decir, la norma se expidió, luego el Poder Ejecutivo la observó, y aun así, porque formalmente el escenario lo permitía, se aprobó la nueva ley sin recoger o discutirse suficientemente las atingencias formuladas por el Ejecutivo.

Ahora bien, el sistema de Perú permite, es parte del procedimiento, que una observación del Poder Ejecutivo respecto de una ley pueda ser superada por el Poder Legislativo y que, manteniendo este su punto de vista, pueda aprobar una ley por la figura de la insistencia. Y, sin embargo, el aludido "déficit deliberativo" se configura en desmedro, objetivamente, de la necesaria discusión que merecían las observaciones del Poder encargado de la promulgación de la ley, en este caso, del Poder Ejecutivo.

Más aún, la nueva norma no mereció los espacios de discusión previos a nivel de Universidades, Colegios de Abogados, otras instituciones técnicas, y comunidad jurídica en general, a fin de recoger sugerencias, aportes y críticas constructivas que pudieran mejorar el perfil de la norma. Dada esa ausencia, podemos asumir, con suficiente criterio, que el Poder Legislativo no construyó una norma como producto de un consenso, sino que aprobó la norma en comento sobre la idea base de un apresuramiento.

De la misma forma, el "déficit deliberativo" a que aludimos ha tenido lugar, como hemos reseñado, a nivel de los mismos Poderes del Estado, pues aprobar una ley por insistencia, aun cuando se trata de un mecanismo permitido, le quita a la ley, en parte, el necesario carácter de validez que se exige de toda norma, la cual, para ser razonable, demanda, entre otros aspectos, un amplio debate de la misma en los niveles pre legislativo y legislativo propiamente dichos y, por supuesto, un debate intenso a nivel de la sociedad en general.

Por otro lado, no podemos dejar de anotar la inobservancia de un período de *vacatio legis* de la nueva norma, esto es, de un espacio de aún no vigencia efectiva de la ley, (que pudo ser de seis meses, como ocurrió con el Código Procesal Constitucional de 2004), a fin de que los actores del sistema jurídico pudieran tomar conocimiento anteladamente, en forma suficiente, de la nueva norma, y proyectar los cambios necesarios de entorno, para la entrada en vigencia de las nuevas regulaciones. La falta de esto último se expresa al entrar inmediatamente en vigencia una norma, sin plazo alguno de adaptación.

La *vacatio legis* implica una manifestación compatible con el *prospective overruling* (LANDA, 2010, p. 222), o cambio de reglas prospectivo, en tanto que, al

igual que sucede en esta última figura, los cambios en el ordenamiento jurídico, establecidos por las nuevas reglas, han de demandar un tiempo de adaptación de quienes resultan partícipes directos e indirectos de las nuevas regulaciones, a fin de efectivizar el contenido de los nuevos mecanismos.

3 POSICIONES A FAVOR Y EN CONTRA SOBRE EL NUEVO CÓDIGO

Antes que una posición a favor propiamente dicha respecto al nuevo CPConst, es propio aludir, cuando se modifica una ley, a la importancia de conservar las reglas y viabilidad de las disposiciones normativas anteriores, o reformuladas en otros términos nuestro argumento, deviene exigible que la nueva norma supere, en contenido formal y material, la normativa anterior. Si esta última es objeto de modificación, es importante que el nuevo esquema vigente sea mejor, con creces, que la anterior disposición. Esto es resumido como un planteamiento de exigible progresividad y no de esperada regresividad.

En relación a las posiciones, si podemos llamarlas así, a favor de la independencia judicial, consideramos que es plenamente compatible con esta que el anterior Código Procesal Constitucional de Perú, Ley 28237, previera, bajo una regla de aplicación directa del acotado principio judicial, que los jueces pudieran rechazar una demanda, declarándola improcedente liminarmente, esto es, apenas se postule la acción.

La referida disposición contenía una regla lógica elemental: si no existen visos de afectación constitucional en la postulación de la acción, esta no debe proseguir ni ser tramitada, pues compromete los recursos de la impartición de justicia constitucional, que propiamente son siempre escasos, dado que se atendería una demanda que no tiene visos de posibilidades a favor en un ejercicio de estimación del juez constitucional.

De otro lado, si el juez rechaza una demanda en modo liminar, constituye esta decisión una manifestación de su ejercicio del principio de independencia judicial, consagrado en el artículo 2 del Código Iberoamericano de Ética Judicial, reformado en 2014, el cual expresa que "El juez independiente es aquel que determina desde el Derecho vigente la decisión justa, sin dejarse influir real o aparentemente por factores ajenos al Derecho mismo".

Sin perjuicio de lo expuesto, en un giro que podríamos llamar contrario a este acotado principio de independencia, el nuevo CPConst expresa, en su artículo 6, que el juez se ve impedido de declarar el rechazo liminar de la demanda. Esta situación, a juicio nuestro, involucra un desarrollo oneroso del proceso, y no resulta oficioso el nuevo mandato, en el sentido de una adecuada atención de la justicia constitucional, en

la medida que exige que todo el proceso sea tramitado, en su totalidad.

Lo antes afirmado, es decir, atender toda la tramitación del proceso ¿implica que tenga lugar en el proceso la citación de la demanda y la contestación, la expedición de una sentencia, la apelación del caso, el fallo de segunda instancia, un recurso de agravio constitucional si la parte accionante pierde, y una decisión del Tribunal Constitucional? Literalmente sí, aunque es menester observar que queda delegada en los jueces constitucionales la tarea de evaluar si otras fórmulas procesales son aplicables. No resulta ni razonable ni proporcional que un proceso sea atendido en todas sus etapas si no ostenta suficiente mérito de razonable viabilidad la pretensión constitucional incoada.

En el caso que acotamos estamos frente a dos escenarios posibles, entre otras alternativas: o los jueces aplican directamente la norma, sin más, atendiendo al sentido formal de la disposición enunciada, o bien buscan un mecanismo de adecuación que permita asumir que la regla formal no puede ser aplicada con tanta rigurosidad. Por tanto, queda por evaluar, acaso, si una vez admitida a trámite la demanda y recibida la contestación, los jueces puedan optar, en caso de estimar manifiestamente improcedente la demanda, por emitir sentencia prescindiendo de la audiencia única del caso, conforma al artículo 12 del acotado Código, esto es, que si no hay visos de una atención realmente necesaria del petitorio en sede constitucional, la acción debe prontamente concluir.

¿Implicaría ello contradecir al legislador cuando este exige no declarar la improcedencia liminar de la demanda? A juicio nuestro no, en tanto la demanda ha sido admitida a trámite, y se hace uso de una opción procesal diferente, a efectos de no atender una petición que no expresa rangos de especial relevancia constitucional y que exige, en contexto, ser desestimada de plano por no satisfacer requisitos mínimos para su estimación en sede constitucional.

En otro ámbito de este enfoque, demandan también un examen, a juicio nuestro conjunto, la infracción del nuevo CPCConst hacia las STC 2383-2013, caso Elgo Ríos, y STC 00987-2014-PI/TC, caso Vásquez Romero, sobre vías igualmente satisfactorias y requisitos de procedencia del recurso de agravio constitucional, respectivamente.

El análisis aquí es de interés pues, sin perjuicio de nuestras alegaciones valorativas, constituye un tema de interés si en rigor una ley, esto es, el nuevo CPCConst, en propiedad una decisión del legislador, puede prevalecer sobre un precedente constitucional vinculante, es decir, una interpretación de la Constitución por parte del Tribunal Constitucional.

Ya hemos sostenido que el nuevo CPCConst dispone la prohibición del rechazo liminar de la demanda. Y, sin embargo, la STC2383-2013, caso Elgo

Ríos, ya trabajó antes de la dación del nuevo CPCConst, la noción de vías igualmente satisfactorias, en el sentido de que, si la pretensión puede ser examinada con suficiencia en otra vía, pues deviene necesario derivar esa demanda, de por sí inoficiosa en la vía constitucional, a efectos de que sea atendida en otra vía, la cual puede asegurar una protección razonable para atender la demanda.

Resulta evidente que hay una contraposición manifiesta entre el nuevo CPCConst, al prohibir el rechazo liminar de la demanda, y la STC 2383-2013, caso Elgo Ríos, al prever la primera, por vía directa, el rechazo liminar de la demanda. A juicio nuestro y bajo las pautas de un enfoque objetivo, podríamos evaluar, incluso, un escenario de inaplicación del nuevo CPCConst y, a su turno, de aplicación preferente del precedente vinculante.

Una figura similar tiene lugar a propósito de la STC 00987-2014-PI/TC, caso Vásquez Romero, el cual establece los requisitos de procedencia del recurso de agravio constitucional, siendo el caso que, de corresponder, por decisión de los jueces constitucionales, según el anterior Código se podía rechazar un recurso de agravio si este no cumplía los requisitos de suficiencia previstos por el precedente en comento. Figura distinta prevé el nuevo CPCConst en su artículo 24, al disponer que los recursos de agravio constitucional sean obligatoriamente admitidos y se programen audiencias de vista de la causa en todos los casos.

La colisión de enfoques es frontal, en la medida que el precedente vinculante Vásquez Romero es objetivo, al exigir determinados requisitos respecto del recurso de agravio constitucional. Por su lado, si el nuevo CPCConst prevé sean concedidos todos los recursos de agravio constitucional, entonces estamos frente a un serio problema de aplicación vertical de la norma, y eso implica un conflicto de reglas y una colisión de principios.

Los problemas que planteamos en conjunto, a raíz de todo lo expuesto, se hacen más complejos aún si ponemos en debate la STC 025-2021-PI/TC y 028-2021-PI/TC (acumulados), (Tribunal Constitucional del Perú, b, 2021, p. 1), de fecha 23 de noviembre de 2021, la cual, por mayoría, desestima la demanda interpuesta por el Colegio de Abogados de La Libertad y el Poder Ejecutivo contra la Ley 31307, que contiene el nuevo CPCConst.

Aludimos a un escenario de complejidad pues el voto en mayoría, en solo 2 folios, del total de 51 páginas de la decisión total, desestima la demanda bajo el argumento de que la ley fue aprobada satisfaciendo todos los requisitos establecidos en el Reglamento del Congreso y que, por tanto, no hubo déficit deliberativo.

En rigor, el voto en mayoría, expresado a través de un voto singular, es decir, un voto en discrepancia con la ponencia inicialmente presentada para debate, que finalmente queda en minoría, desarrolla un análisis

excesivamente sucinto sobre la cuestión principal. En efecto, es criterio central de la decisión vencedora que se cumplieron los requisitos formales del caso para la aprobación de la ley cuestionada y, sin embargo, allí no residía el tema central de la discusión.

Por el contrario, si bien la ponencia inicial, en 23 folios, aborda también el examen del incumplimiento de determinadas reglas para la aprobación de la norma, es el voto en minoría del magistrado Espinosa-Saldaña que, en 25 folios, aborda un examen integral de los fundamentos de la demanda pues, no solo recoge los términos de déficits de deliberación y reflexión, sino aborda, también, la violación de la autonomía funcional de los órganos jurisdiccionales, llegando a concluir que los artículos 6 y 24 del nuevo CPConst son inconstitucionales.

Incluye, igualmente, un examen de las violaciones del principio derecho a la igualdad, de la tutela jurisdiccional efectiva, del derecho de defensa, y del principio de seguridad jurídica, entre otros rubros, para finalmente estimar la demanda.

No ha de seguirse, por parte del lector, una conclusión inválida en el sentido de que por ser más extensas las ponencias en minoría, y menor en extensión el voto en mayoría, que pudiera haber mejor sustento final del voto no vencedor. Y, sin embargo, no podemos dejar de observar que el voto en minoría sí aborda gran parte del debate que planteaban las demandas de inconstitucionalidad. Por tanto, hemos de atender a la fuerza de los argumentos antes que a un criterio de extensión.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, creemos que el voto en mayoría quedó en deuda con los estándares de una buena argumentación, en la medida que faltó un sustento más amplio de su posición.

4 BALANCE DE ENFOQUES

Corresponde interrogarnos, respecto a los temas abordados, cuáles pueden ser los escenarios a plantearse a partir de la decisión del Tribunal Constitucional de desestimar la demanda interpuesta contra el nuevo CPConst.

Pues un primer escenario, ineludible, por cierto, se expresa en la idea de que las nuevas regulaciones de la reciente herramienta son aplicables in toto, es decir, asumirse formalmente que tienen rigor aplicativo en cuanto reglas, y en cuanto mandatos definitivos. Solo hemos abordado, es de verse, algunos aspectos de los cuestionamientos expresados en la demanda y, desde nuestro punto de vista, persiste un conflicto de aplicación que no ha sido resuelto.

Es a partir de lo expresado que surge un segundo escenario, en el cual hemos de rescatar, a partir de la noción de validez de la ley, una exigible concordancia con la Constitución. De esa forma, al ser la legitimidad de la norma, consecuencia de la

materialización de la validez de la misma, un baremo necesario, creemos que se abren diversas posibilidades para lograr esa exigible compatibilidad material con la Constitución.

Una variante en ese rango de pretensión de alcanzar la compatibilidad de la regla, es propiamente que los jueces opten, prima facie, por la figura del control difuso en la delimitación de los alcances del cuestionamiento. Sin embargo, aquí se configura un problema mayor: el nuevo CPConst ha sido nominalmente validado como norma compatible con la Constitución en un proceso de inconstitucionalidad. Y, sin embargo, el fallo del Tribunal alude, sustantivamente, a la regularidad del procedimiento parlamentario para la aprobación de la ley.

Como hemos señalado, el voto en mayoría es muy parco en fundamentos, hay excesiva brevedad en el mismo, y ello abre una alternativa en el sentido de que si hay cuestiones que no abordó el primer examen de constitucionalidad, ello por cierto puede acarrear se habilite una nueva evaluación de los jueces, pero desde otra perspectiva de aplicación material.

En sustento de esa idea, es razonable afirmar que la votación en mayoría abordó solo la regularidad de la votación parlamentaria, pero no examinó cuestiones de afectación al principio de independencia judicial. Y si barajamos que esta última cuestión no fue abordada, pues efectivamente aún cuando se presume constitucional una norma validada por el mismo Tribunal Constitucional en una primera decisión determinada, creemos que se habilitaría per se un nuevo examen desde otro principio a examinar, dado que se trata de un enfoque que constituye otro ángulo de examen.

Nuestra afirmación supra goza de sustento en la jurisprudencia constitucional de Perú, en cuanto en la STC acumulada 025-2005-AI/TC y 026-2005-AI/TC, en 2005 (Tribunal Constitucional del Perú, 2005, p. 9), el supremo intérprete de la Constitución refiere que ya en un caso anterior, la STC 0003-2001-AI/TC y 006-2001-AI/TC, en 2001, el órgano jurisdiccional ya había validado una norma cuestionada respecto de los nombramientos de jueces y fiscales, esto es, el artículo 22, inciso c, de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, examinando solo el principio de igualdad. Sin embargo, en el fallo posterior, esto es, la decisión de 2005, el ángulo de enfoque del nuevo caso se constituía desde el principio de acceso a la función pública en condiciones de igualdad. En propiedad se evaluó una misma norma supuestamente viciada de inconstitucionalidad, pero desde ángulos de enfoque diferentes.

Bajo esa pauta, no es una opción ajena a la que comentamos considerar, prima facie, la aplicación del test de proporcionalidad, figura de interpretación que, bajo estándares de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, permite

establecer, en decisión fundamentada, la adecuada mensura de una norma en relación con la Constitución.

Desde otro ángulo de enfoque, queda un tercer escenario que, a juicio nuestro, demanda un insumo valioso: el transcurso del tiempo y cómo los jueces definen estándares de aplicación de la norma. Vuelve a ser propio aquí enunciar la figura de la mutación constitucional, pues esta implica un cambio de la comprensión de la norma en el tiempo y, en definitiva, es también una alternativa de suyo válida, en cuanto las normas no deben entenderse anquilosadas en el reloj de la historia, o sujetas a un marco de aplicación, similar al del originalismo norteamericano (SOLUM, 2011, p. 4), para asumirse que se trata de mandatos invariables, inmodificables e inmutables.

Por el contrario, si nos ceñimos a la noción de un denominado *living constitutionalism* (SOLUM, 2011, p. 37), o constitucionalismo viviente, hemos de convenir en que la realidad es dinámica, y que los derechos contenidos en una Carta Fundamental, varían al influjo de la vida diaria misma.

Desde ese eje conceptual, las experiencias diarias -una suerte de realismo jurídico se desprendería de ello- influyen para impulsar la necesidad de una nueva comprensión de las leyes, y si estas demandan cambios en la realidad y no los realiza el legislador, entonces corresponde a los jueces definir el ámbito de mutación de las normas, sin que se produzca una desnaturalización de las mismas. A ese efecto, la mutación no implica una distorsión en sí misma de la norma, sino involucra encontrar mecanismos de aplicación compatibles con el sentido de razonabilidad y proporcionalidad de la misma, en la búsqueda incansable de su compatibilidad con la Norma Fundamental.

CONCLUSIONES

Hemos querido graficar en este estudio, a grandes rasgos, la valía de la experiencia de campo de Perú en la adopción de sus dos Códigos Procesales Constitucionales, en especial de algunas facetas del último Código adjetivo de 2021, en tanto ha implicado esta última norma algunas modificaciones sustantivas en varios aspectos en relación al anterior Código de 2004.

Razones de espacio nos han impedido un examen integral de los nuevos cambios, pero en esencia, hemos reseñado la afectación que supone, en el nuevo Código, la restricción del principio de independencia judicial que supone la obligatoriedad de admitir a trámite todas las demandas constitucionales, sin poderse declarar su improcedencia liminar, y la vulneración que las nuevas reglas de procedimiento concretan, al imponer exigencias varias, en desmedro

de precedentes vinculantes ya definidos antes por el Tribunal Constitucional.

Hemos abordado una revisión de los conceptos de los conceptos de vigencia, validez y mutación de las normas, y nos hemos permitido matizar algunos criterios de entrada en el examen de rigor que ha supuesto la STC 00025-2021-PI/TC, la cual declara infundada, por mayoría, la demanda de inconstitucionalidad interpuesta respecto del nuevo CConst, pretensión que precisamente implica serias afectaciones al principio de independencia judicial.

En suma, hemos examinado algunas cuestiones de la demanda y de la posición asumida por el Tribunal Constitucional, en tanto la posición de la mayoría solo examinó la cuestión relativa a la regularidad del procedimiento parlamentario de aprobación de una norma, pero dejó incontestadas varias de las cuestiones principales demandadas, ámbitos que sí abarcan los votos en minoría.

En atención a lo expuesto y en el marco de los estudios que desarrolla Brasil para la adopción de su primer Código Procesal Constitucional, estas variables de campo de Perú pueden brindar algunas nociones de referencia para encaminar mejor el debate hacia un fortalecimiento en la aprobación de su Código adjetivo sobre la materia.

Después de todo, la idea es potenciar las fortalezas y reducir las debilidades de las normas. De esa forma, el campo de indeterminación de los derechos se reduce, y dejan estos de ser espacios grises y sombríos, así como finalmente propenden hacia un mejor escenario de aplicación y realización de los fundamentos del nuevo Código.

La lección que pretendemos sustentar impone un norte: que Brasil madure la decisión de adoptar un Código adjetivo en materia de derechos fundamentales y que, al hacerlo, corrobore que el camino de consolidación de ese instrumento es complejo, sin que en ningún caso se niegue la tesis de que el Derecho es dinámico, cambiante y variable, y que las posiciones extremas de no aceptar enmiendas a un Código, no nos haga parecer como el Tribunal de la Inquisición cuando pretendió, en 1633, condenar a Galileo Galilei, por pretender negar que la Tierra era el centro del Universo. Galileo, al salir del juicio arguyó, soterradamente se dice, "Eppur si muove" (Pero se mueve).

BIBLIOGRAFÍA

PERU. Tribunal Constitucional, a (2005). STC acumulada 025-2005-AI/TC y 026-2005-AI/TC. Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por los Colegios de Abogados de Arequipa y del Cono Norte de Lima contra el artículo 22, inciso c), de la Ley Nro. 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. Lima, 25 de abril de 2006. Disponible em: <https://tc.gob.pe/ju>

risprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

PERU. Tribunal Constitucional de Perú, b (2021). STC acumulada 0025-2021-PI/TC y 00028-2021-PI/TC. Demandas de inconstitucionalidad interpuestas por el Colegio de Abogados de La Libertad y el Poder Ejecutivo contra la Ley 31307, Ley del nuevo Código Procesal Constitucional. Lima, 23 de noviembre de 2021. Disponível em: https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/00028-2021-AI_.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

GUASTINI, Riccardo. Disposición *vs* Norma. En Disposición *vs* Norma, Susanna Pozzolo y Rafael Escudero. Editores. Palestra Editores. Lima, Perú. 2011. p. 136 - 156. Disponível em: <http://www.parthenon.pe/wp-content/uploads/2017/07/07.-Disposicion%20B3n-y-norma.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

GUASTINI, Riccardo. Interpretar y argumentar. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Colección: El Derecho y la Justicia. Directores: Elías Díaz y Francisco J. Laporta. Madrid. 2014. https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/concursos/2021/Abril/1Interpretacionjuridica/Guastini_Elproductodelainterpretacion.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

LANDA, César. Los precedentes constitucionales: el caso del Perú. En Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n. 14, Madrid. 2010. p. 193 - 234. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-LosPrecedentesConstitucionales-3331533.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SOLUM, Lawrence. What is Originalism? The Evolution of Contemporary Originalist Theory. Georgetown University Law Center, 2011. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=facpub>. Acesso em: 11 ago. 2022.