

**EL AMICUS CURIAE, EL PARTÍCIPE Y EL TERCERO CON LEGÍTIMO INTERÉS:
REFLEXIONES SOBRE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO DE
INCONSTITUCIONALIDAD PERUANO**

ÚRSULA INDACOCCHA PREYDIT

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO

1. Introducción.- 2. Algunas reflexiones sobre el concepto de parte y tercero en el Proceso de Inconstitucionalidad: I. Sobre la noción general de parte y de tercero; 2. Roles de partes y terceros en un proceso de inconstitucionalidad; 3. Su relevancia la existencia de un interés.- III. El Caso Especial del Tercero: El Amicus Curiae: I. Antecedentes y definición de los alcances del instituto; 2. Funde del Amicus Curiae.- IV. Rescando la Especificidad Comparada: I. El Amicus Curiae en el derecho estadounidense; 2. La irreversibilidad de terceros en el proceso de inconstitucionalidad colombiano; 3. El Amicus Curiae en el derecho argentino; 4. La irreversibilidad de terceros en el proceso de inconstitucionalidad sudafricano; 5. La intervención de terceros en los procesos de control abstracto de la constitucionalidad en el Brasil; 6. La intervención de terceros en los procedimientos sujetos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.- V. La influencia de terceros en el proceso de inconstitucionalidad peruano: I. La regulación del Amicus Curiae por el Tribunal Constitucional; 2. La creación jurisprudencial de la figura del "participante"; 3. Una posibilidad aun no explorada: el tercero con legítimo interés.- VI. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Como sabemos, la noción clásica del proceso hace referencia a una serie de actos sucesivos unidos entre sí, y encaminados a una finalidad predeterminada, que es la solución de un conflicto de intereses. De esta manera, la noción de proceso presupone la existencia previa de un conflicto o litis, que de acuerdo a lo señalado por Augusto M. Morello, no es otra cosa que la pretensión de un sujeto resistida por otro, es decir, entre dos partes, actor y demandado.¹

Es precisamente a través de la noción de conflicto, que tradicionalmente se ha considerado al proceso como un diálogo que se mantiene siempre entre dos partes que se encuentran en posiciones antagónicas², lo que ha venido a denominarse como *principio de dualidad del proceso*. De acuerdo con este principio "a un proceso contencioso no es dado imaginarlo o concebirlo con una sola parte o más de dos".³

Esta concepción clásica del proceso como un diálogo entre dos partes, es la que ha impulsado la distinción entre las categorías de parte y tercero, con las que se ha enfrentado el fenómeno de la pluralidad de sujetos desde la Teoría General del Proceso.⁴

A partir de ellas, no solo es posible explicar la existencia de dos o más personas integrando una sola posición al interior del proceso, sino también justificar la posibilidad de que determinadas sujetos, inicialmente extraños a la relación procesal, se les permita ingresar a ella y actuar en su interior, al advertirse que lo que se resuelve en el proceso les va a afectar de alguna manera.

Ahora bien, más allá de su uso corriente, cabría preguntarse si las nociones de parte o de tercero resultarían útiles para enfrentar el problema de la pluralidad de participantes en los procesos de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, particularmente en el proceso de

¹ "Alude de muy antiguo investigadores he llegado a la conclusión de que la fundamentación clásica del proceso y del litigio que lo regula presupone la existencia de una litis, concebida esta, según enseña Gerardi, como un 'conflicto intersubjetivo de intereses' que se manifiesta en la pretensión de un sujeto, resistida por otro, es decir, entre dos partes, actor y demandado" (MORELLO, Augusto María, *Código Procesal Civil de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Tomo 5, p. 363).

² GONZÁLES, Adán Carlos, *El rol del tercero en el nuevo ordenamiento procesal civil del Perú*, En: *Jur et Verba*, Año 5, No. 5, noviembre 1994, p. 162.

³ KENNY, Hicor Eduardo, *La intervención obligada de terceros en el proceso civil*, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 2.

⁴ MARTÍNEZ, Hernán J., *Proceso con sujetos múltiples*, Buenos Aires, Ediciones La Ley, 1987, p. 9.

constitucionalidad, en el que la actividad procesal de las partes no se realiza en función de la tutela de sus propios derechos sino de la defensa objetiva de la Constitución.

No podemos dejar de reconocer que la inconstitucionalidad de una norma es algo que excede el interés de quienes aparecen formalmente como demandante y demandado en el proceso de inconstitucionalidad. Más aun, dado el efecto ergo omnes de la sentencia de inconstitucionalidad, podría incluso afirmarse que la decisión que se adopte, en la medida que nos afectará a todos, nos interesa en la misma forma.

Por ello, es importante determinar cuál es el papel que tales intereses parciales podrían jugar en este ámbito, y si existiría algún mecanismo para que puedan verse defendidos o representados en este tipo de proceso.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han desarrollado algunas soluciones para enfrentar este problema, reconociendo la importancia de incorporar al debate judicial las visiones particulares de quienes, pese a no tener formalmente la calidad de parte del proceso de inconstitucionalidad, tienen una participación importante y especializada en la materia que se discute, se verán afectados por la decisión, o cuentan con elementos de juicio que pueden enriquecer el debate constitucional, promoviendo así un enfoque pluralista de los problemas relevantes del caso.

Encontramos, por ejemplo, la institución del *amicus curiae*, que ha obtenido un importante desarrollo en la cultura jurídica anglosajona, y cuyas posibilidades vienen siendo exploradas en diversos países de nuestro entorno, a partir de la experiencia ya existente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En ese sentido, en el presente artículo pretendemos esbozar algunas ideas sobre la posibilidad de intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad, a partir de la identificación del papel que debería otorgárselo al interés legítimo de estos terceros, y de los aportes que la doctrina y la jurisprudencia comparada han realizado a este respecto. Asimismo, realizaremos un análisis crítico de su tratamiento en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta lo desarrollado en la jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional.

II. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE PARTE Y TERCERO EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Sobre las nociones generales de parte y tercero

Como punto de partida de nuestro análisis, consideramos indispensable establecer una distinción entre las nociones de parte y de tercero, a efectos de aclarar si tales categorías podrían resultar aplicables al proceso de inconstitucionalidad.

Existen diversas tesis que explican el concepto de parte; sin embargo, es posible realizar una distinción básica entre las teorías procesalistas y las materialistas, que nos ayudará a evitar algunas confusiones posteriores.

De acuerdo con las tesis procesalistas, es parte quien interviene en el proceso en calidad de demandante o demandado, independientemente de que tenga o no titularidad en la relación material controvertida. Así, poco importa si el demandante es el verdadero titular del derecho material que se alega, o si el demandado es el verdadero obligado, pues la calidad de parte es una posición formal, y se determina únicamente en el ámbito del proceso. En esa línea, Lino Enrique Palacios señala:

"En nuestra opinión es parte toda persona (física o de existencia ideal) que reclama en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la satisfacción de una pretensión y aquella frente a la cual se reclama dicha satisfacción".⁴

En consecuencia, para esta postura solo serían parte quienes aparecen formalmente en el proceso en posición de demandante o demandado, excluyendo a todos los demás, quienes consecuentemente calificarían como terceros, por más de que sean titulares en la relación jurídica material que está siendo discutida, e incluso si no participan en ella.

Por su parte, los teóricos materialistas ponen el énfasis en el derecho sustancial que se discute en el proceso, afirmando que solo pueden ser parte en un proceso quienes aparezcan como sujetos activo y pasivo de la relación jurídica sustancial. Sin embargo, esta segunda postura no permite explicar en qué calidad habrían actuado los sujetos del proceso si finalmente se llegara a determinar que la relación material alegada en su interior no existía.

Ahora bien, la distinción entre ambas maneras de comprender el concepto de parte tiene absoluta relevancia para establecer la noción de tercero, en la medida que se trata de un concepto negativo, vale decir, que por exclusión, **quien no es parte, es tercero**.⁵

De esa manera, si asumimos una tesis procesalista del concepto de parte, debemos entender como terceros a todos aquellos que no tengan la condición formal de demandante o demandado en un proceso determinado, lo que englobaría tanto a aquellos titulares de la relación material que no han sido originalmente llamados a participar en él, como a aquellos sujetos que no tienen ninguna posición en ella, pero que tienen algún interés en su resolución.

Sin embargo, si asumimos la tesis materialista solo serían terceros quienes no pertenecan a la relación material que se discute en el proceso, con independencia de si ya están o no incorporados al mismo. Esta tesis no parece ser aplicable al proceso de inconstitucionalidad, cuyo objeto no es la solución de un conflicto de intereses, sino la realización de un juicio abstracto de compatibilidad de la ley con la Constitución, como veremos a continuación.

2. ¿Existen partes y terceros en un proceso de inconstitucionalidad?

Cuando se menciona el carácter objetivo del proceso de inconstitucionalidad, por oposición al carácter subjetivo de otro tipo de procesos—como el amparo, por ejemplo—, se pretende resaltar que no se caracteriza por la resolución de un conflicto de intereses donde la pretensión de una de las partes es resistida por la otra⁶, sino por la realización de un juicio abstracto sobre la norma sometida a control y su compatibilidad con la Constitución.

En otras palabras, el proceso de inconstitucionalidad sería un proceso objetivo, porque en él no se dilucidan intereses de parte, sino la conformidad o disconformidad de la ley con la Constitución.⁷ De esta manera, como lo señala Francisco Rubio Llorente, antes que la existencia o no de algún derecho por parte del actor, en esta concepción de la jurisdicción constitucional como

⁴ RILLOD, Luis Enrique, *Devedes Procesos Cívil*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 8 y ss. Dentro de esta tesis se inscriben también José Chiovenda (Véase CHIOVENDA, JOSÉ, *Principios de derecho procesal cívil*, Tomo I, Milano, Giardano, 1900, pp. 5 y ss.) y Jaime Pardo Quirós (Véase, PARDO QUIRÓS, Jaime, *La intermediación de terceros en el proceso cívil*, Buenos Aires, De Palma Editores, 1986, p. 26.)

⁵ GONZÁLES, Adolfo Carlos, Op. Cit. p. 39, "Lo común aproximativo del tercero procesal sólo se logra, realizándose o por reducción, del rol activo de parte, en tanto a lo civil es debidamente considerado como "tercero" en el proceso civil a aquel que no actúa, preclusivamente, la condición de "parte". De ahí que la doctrina afirma que se es una relación sustancial, más relativa, y es por eso indispensable definir la noción de parte".

⁶ BLASCO SOTO, María del Carmen, *Reflexiones en torno a la Saca de casa juzgada en la existencia de inconstitucionalidad*, En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 14, No. 41, mayo-agosto 1994, p. 24, nota 4.

⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La legitimación activa en los procesos constitucionales*, En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, No. 09, septiembre-diciembre 1983, p. 24.

control abstracto de la actuación del legislador, el objeto inmediato y único del juicio no es ni podría ser otro que el enunciado promulgado por el legislador positivo.⁹

Ahora bien, la afirmación de este carácter objetivo ha motivado que cierto sector de la doctrina sostenga que en el proceso de inconstitucionalidad no existirían partes, si no concurrir dos sujetos —actor y demandado— con intereses contrapuestos, sino más bien dos visiones encontradas de lo que constituye el interés general y la defensa de la Constitución. Al respecto, Francisco Fernández Segado señala:

[...] El control abstracto de normas no se origina en función de un conflicto de intereses concretos, sino simplemente para una discrepancia abstracta sobre la interpretación del texto constitucional en relación con su compatibilidad con una ley singular. Es por ello mismo que en la doctrina alemana se habla de un 'proceso objetivo', en el que los órganos que lo han iniciado no actúan, en su calidad de titulares de intereses políticos, la posición procesal estricta de recurrentes, actuando en cierto modo como defensores de la Constitución. A este respecto, Sesha ha señalado que estamos ante un procedimiento unilateral, no de contenido, es decir, se trata de un procedimiento sin partes o litigantes.¹⁰

En esa misma línea, Vozía Crisafulli sostiene que los peculiares caracteres del juicio de constitucionalidad, determinan que no existan partes en la confrontación sobre la validez del acto general o de la norma que constituye su objeto.¹¹ Esta afirmación parecería ser razonable en principio, si entendemos que la noción de parte se construye sobre el concepto de conflicto, aun cuando nos lleve a concluir que tampoco existirían terceros en los procesos de inconstitucionalidad. Pero, ¿existe algún otro posible enfoque del problema?

Como hemos visto, así lo teorizan materialistas construyen la noción de parte sobre el concepto de conflicto de interés. Desde dicha perspectiva, en el proceso de inconstitucionalidad no podrían existir ni partes ni terceros, pues ninguno de los sujetos que participan en él, lo hacen en defensa de un derecho o interés propio, ni con el propósito de obtener una ventaja frente a su contraparte.

Ella no ocurre con los tesis procesalistas, pues en ellas la calidad de parte constituye tan sólo una posición formal. En nuestra opinión, es desde esta perspectiva que debe enfocarse el problema de la pluralidad de sujetos en el proceso de inconstitucionalidad, bajo la estimación de que los legitimados por la Constitución o por la ley para actuar como demandantes y para ser demandados en él, si gozan de la calidad de parte.

Asimismo, creemos este enfoque procesal también permite representar mejor los alcances de la figura del tercero en este ámbito, pues al eliminarse la exigencia de demostrar la potencial afectación de un interés legítimo como producto de la sentencia, tal categoría permite abarcar todos los supuestos de terceros que la doctrina y la jurisprudencia han ido desarrollando, entre los cuales se encuentran figuras como el *amici curiae*, cuya neutralidad lo hubiese excluido de la posición de tercero desde un enfoque materialista.

De esta manera, según la perspectiva que hemos asumido, serían terceros todos aquellos sujetos que la norma no identifica como legitimados para ser demandantes o demandados, sin importar si son neutrales, si tienen alguna clase de interés en la controversia

⁹ RUBIO LLORENTE, Francisco, *La jurisdicción constitucional como forma de actividad del Estado*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 8, No. 22, enero-abril 1988, p. 23.

¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El control normativo de la constitucionalidad en el Tercer ámbito de un proceso anulado*. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 19, No. 26, mayo-agosto 1999, p. 38.

¹¹ CRISAFULLI, Vozía, *La función del Consejo Constitucional en el desarrollo del sistema europeo a prospectiva*, citado por: BLASCO SOTO, María del Carmen, *Op.Cit.* p. 36, nota 3.

constitucional, o si sus derechos pueden ser afectados como consecuencia de la sentencia de inconstitucionalidad.

A partir de allí, correspondería definir si existen razones que justifiquen admitir la intervención de estos terceros en el proceso de constitucionalidad, y de ser así, cuáles deben ser los criterios para definir en qué casos esto sería posible. Para ello, nos será útil revisar las razones que determinan que en un ordenamiento jurídico se designe a ciertos sujetos como legitimados para activar los mecanismos de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes.

3. ¿Es relevante la existencia de un interés?

Como señala Humberto Nogueira Alcalá, la legitimación activa en los procesos de inconstitucionalidad se encuentra íntimamente ligada a su carácter objetivo, lo que constituye un rasgo del modelo germano austriaco del control de la constitucionalidad.¹³

Así, salvo el caso de la llamada "acción popular de inconstitucionalidad", en la que cualquier ciudadano puede interponer la demanda, en la mayoría de los ordenamientos en que se desarrolla un control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, se selecciona un conjunto de autoridades u órganos del Estado que por su posición institucional tienen por encargo la defensa del bien común o del interés general. Tales órganos aparecen legitimados para demandar directamente la inconstitucionalidad de la ley sin necesidad de invocar la lesión de algún interés subjetivo, lo que habilita al Tribunal Constitucional a depurar el ordenamiento jurídico de normas inconstitucionales.

Se establece entonces una legitimación restringida¹⁴, en la que se presume *ius et de iure* que los sujetos autorizados por la norma actúan en defensa del interés general, sin que sea necesaria una demostración en ese sentido.¹⁵ Además, como señala Francisco Fernández Segado, aunque cada ordenamiento ofrece una solución peculiar, el común denominador de todos ellos está dado por la limitación de la legitimación a ciertos órganos que están encargados de velar por el interés general y el restablecimiento del orden constitucional, limitación que obedece a la necesidad de moderar el uso de este mecanismo.¹⁶

En otras palabras, lo que se persigue con la imposición de estas limitaciones, no es otra cosa que racionalizar el uso del proceso de inconstitucionalidad, promoviendo que los diversos intereses se canalicen sólo a través de ciertos órganos, de manera que este mecanismo resulte excepcional, y no se produzca una grave alteración de la normalidad y la seguridad jurídica.

De esta manera, encontramos que en los países con un gobierno de orientación presidencialista se otorga legitimación al Presidente de la República, pues se la considera el principal llamado a defender la Constitución y el bien común. Asimismo, su legitimación puede obedecer a la necesidad de preservar el reparto territorial de competencias con los demás niveles de gobierno, lo que también explica la legitimación activa de estos últimos.

Otros ordenamientos permiten demandar a las minorías parlamentarias, como un mecanismo para evitar y controlar el abuso del poder mayoritario. En tales casos, si bien se reconoce que existe el riesgo de que tales minorías busquen reproducir en sede constitucional el debate que se ha "perdido"

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La legitimación activa en los procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur*. En: *Ius et Praxis*, volumen 10, No. 01, 2004, p. 158.

¹⁴ BRAGE CAYAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2001, p. 148.

¹⁵ SÁNCHEZ HORÓN, Miguel, *Op. Cit.*, p. 21, nota 28.

¹⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La jurisdicción constitucional en la actualidad*. En: *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, No. 16, diciembre 1990, p. 77, nota 227.

en sede parlamentaria, se advierte que el alto costo político que afrontarían en caso de una demanda infructuosa, desincentiva el uso inadecuado del proceso de inconstitucionalidad.

Asimismo, a efectos de encauzar las expresiones provenientes de la sociedad civil, se otorga legitimación activa a ciertos órganos o entidades representativas, como el Defensor del Pueblo, los municipios y los colegios profesionales, sin perjuicio de permitir que la ciudadanía pueda articularse y presentar directamente una demanda de inconstitucionalidad, una vez reunido cierto número de firmas, como ocurre en el caso peruano.¹⁶

No parece existir otro motivo para la elección de los legitimados, que la consideración de su especial posición para apreciar el quebrantamiento del orden constitucional y defender el interés común, con los matices que puedan existir en cada ordenamiento jurídico. Puede ocurrir, ciertamente, que tales legitimados sean portadores de intereses particulares; pero ello resulta irrelevante para efectos de su legitimación¹⁷, y en ese sentido, creemos que la intervención del tercero tampoco podría justificarse invocando la lesión de un interés particular.

En nuestra opinión, **la potencial afectación de un derecho o la defensa de un interés particular no es una razón en sentido fuerte para justificar la intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad**, en el sentido de atribuirles un derecho a participar en él, señalando que la ausencia de este tercero en el debate constitucional tomaría inválida la decisión, al generarse un estado de indefensión.¹⁸

Sin duda alguna, la declaración de inconstitucionalidad de una norma y su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico puede afectar a sujetos o colectivos cuya situación jurídica haya sido adquirida en base a ella, quienes estarán interesados en persuadir al Tribunal Constitucional de su plena compatibilidad con el orden constitucional, o cuando menos, de demostrar que la norma puede ser interpretada conforme a la Constitución, sin necesidad de expulsarla del ordenamiento. Por su parte, también existirán sujetos o colectivos que apoyarán la declaratoria de inconstitucionalidad, y que estarán interesados en reforzar los argumentos de la demanda y en desarrollar argumentos complementarios que no fueron expuestos inicialmente.

En ese sentido, creemos que la existencia de estos intereses sí podría constituir una razón en sentido débil para permitir la intervención de estos terceros, en la medida en que ello pueda contribuir a enriquecer el debate ante el Tribunal Constitucional, y permitirle apreciar debidamente cuál será el impacto social o las consecuencias políticas de sus decisiones, como lo exige una interpretación previsora de la Constitución.

Con ello, queremos decir que la real o potencial afectación de un interés legítimo por parte de un tercero, no es una razón para reconocerle un derecho a intervenir en el proceso de inconstitucionalidad, pero sí para admitir su participación en el debate constitucional, ampliando de este modo el "círculo de intérpretes" de la Constitución, cuando el Tribunal lo considere conveniente.¹⁹

¹⁶ SÁNCHEZ CAMAZANO, Joaquín, La acción personal de inconstitucionalidad. En: AA.VV., El Derecho Procesal Constitucional Peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde. Tomo II, Grifey Lima, 2005, pp. 405-412.

¹⁷ Refiriéndose al órgano legitimado, Sánchez Morón señala que a base de lo dicho anteriormente resulta deficiente del derecho subjetivo, sin requisito que demuestre una relación con la personalidad, acción como portador del interés general, con independencia de que sea o no titular de legítimos intereses (personales o sociales). (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, Op. Cit., p. 21.)

¹⁸ En ese sentido, no comparecimos la opinión de Almagro Novoa, citado por Cano Mata, quien se refiere que los personas físicas y jurídicas pueden comparecer al proceso de inconstitucionalidad, en calidad de coadyuvantes de la posición de cualquiera de las partes, siempre que acrediten un interés legítimo en ello, atendiendo como una expectativa favorable o desfavorable en el resultado del proceso. (CANO MATA, Antonio, Del círculo de su y su posible intervención en el recurso de amparo y demás impugnaciones constitucionales en el Tribunal Constitucional. En: Revista de Administración Pública, No. 106, enero-abril 1985, p. 174.

¹⁹ [...] [2] círculo de intérpretes de las Fundamentos debe ser elástico para abarcar no apenas a autoridades públicas o a personas jurídicas con procesos de control de constitucionalidad, merced a sus calidad y grupos sociales que de una forma u otra, merecen

O dicho de otro modo, creemos que la razón que puede justificar la intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad no debe buscarse en la necesidad de permitir la defensa de sus derechos o intereses particulares, posiblemente afectados con la futura sentencia, sino más bien en la necesidad de optimizar el objeto del propio proceso de inconstitucionalidad, que es la defensa objetiva de la Constitución, incorporando a los diversos sectores de la sociedad en la labor de su interpretación.

En relación a este punto, resulta sumamente interesante la propuesta teórica de Peter Häberle, quien reflexiona respecto a las mecánicas de información y participación incorporadas en la práctica del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

Según sostiene este profesor alemán, la comprensión de la Constitución no solo como una restricción al poder público, sino como un compromiso entre el Estado y la sociedad, genera consecuencias específicas para la jurisdicción constitucional, pues el Tribunal Constitucional pasa a ser concebido como un tribunal social *in genere*, que materializa un compromiso con el pluralismo, y que incorpora en su Derecho Procesal Constitucional, "instrumentos pluralistas de información y participación".²⁰

Desde este enfoque, el Tribunal Constitucional actúa en el ámbito de lo público, adquiriendo información a través de un sistema de audiencias públicas y formas diferenciadas de participación de los grupos pluralistas: órganos del Estado, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos, confederaciones de empresarios, grupos religiosos, etc. "Con ello, penetra el Tribunal en el ámbito de la sociedad, asume ideas e intereses de ese ámbito, los "oye" y los transforma por medio de su interpretación constitucional abierta".²¹

Como es evidente, ello supone entender que la Constitución se actualiza y se renueva como compromiso social, mediante la participación de los diversos sectores de la sociedad en su interpretación, en aras de una información más amplia. En palabras del autor:

[M]ientras que a través de las normas de participación del Derecho Procesal Constitucional, los partidos políticos, grupos de la sociedad civil y ciudades tengan la palabra, se trata de una manifestación objetiva de la estructura pluralista libre y democrática de los intereses públicos políticos de la Constitución: tanto en el sentido amplio como en el estricto son incluidos como intérpretes en el proceso interpretativo de la Constitución".²²

En ese mismo sentido, Gloria Perchoto ha resaltado la necesidad de ampliar los legítimos para intervenir en el proceso de inconstitucionalidad, para comprender las voces de otros personajes que además de las partes, también participan de las relaciones creadas por los hechos sociales que resultan relevantes para la controversia constitucional.²³

Creemos que aquí puede encontrarse la justificación necesaria para permitir la intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad, tomando en cuenta la importancia de su aporte interpretativo como criterio para discernir en qué casos procedería admitirla.

²⁰ "método conciliador" (BINTNICHI, Gustavo, *A desenvolver da jurisdição constitucional e a constituição de lei 9.850/99*, Creado por: PERCINOTO, Gloria María, O Avulso Geis e a abrangência da jurisdição. En: *ABRINA*, São Paulo, No. 07, maio 2007.

Disponível em: http://online.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=org.scielo.org/abrin/07/07/034.htm (consultado el 05 de junio de 2008).

²¹ HÄBERLE, Peter, *La jurisdicción constitucional institucionalizada en el Estado Constitucional*. En: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, No. 5, 2011, p.170.

²² *Ibidem*, p. 171.

²³ HÄBERLE, Peter, *El Derecho Procesal Constitucional como Derecho Constitucional*. *Constitución y la jurisdicción del Tribunal Federal Constitucional Alemán*. En: *Anuario Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*, No. 01, enero-junio 2004, p. 35.

²⁴ PERCINOTO, Gloria, *Op. Cit.*, *Loc. Cit.*

Este aporte interpretativo no solo podría provenir de aquellas instituciones con una reconocida trayectoria en la defensa de los derechos o intereses específicos que estén en juego en el debate concreto (libertad de expresión, derechos de las mujeres, niños, discapacitados, por ejemplo), sino también de aquellos colectivos o sectores que puedan verse directamente afectados con la decisión, siempre que incorporen un aporte relevante al proceso interpretativo.

Siendo esto así, la posible afectación de derechos o intereses concretos queda en un segundo plano: el tercero no deberá sustentar la necesidad de su intervención en la posible afectación de ese interés, sino que la existencia misma de tal interés será relevante en la medida que el tercero pueda justificar la importancia de considerarlo en la ponderación que realice el Tribunal Constitucional, aportando información que resulta relevante para el cumplimiento de esa labor.

Finalmente, queremos referirnos a un argumento que ha sido frecuentemente mencionado por la doctrina para permitir la participación de sujetos distintos a las partes en este tipo de procesos: se afirma que además del carácter objetivo del proceso de inconstitucionalidad, este tendrá también un carácter subjetivo, pues como todo proceso constitucional, tendrá por finalidad la defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Nos parece importante reflexionar al respecto, pues se trata de un argumento que ha sido recogido en diversas sentencias de nuestro Tribunal Constitucional²¹, y que Noguera Alcalá plantea claramente:

"Nos parece necesario señalar que la jurisdicción constitucional en su función objetiva de defensa de la Constitución cumple también una función de defensa de derechos e intereses concretos, como se ha señalado muchas veces, ambas vertientes están intrínsecamente unidas. Como señala Montaña, no hay defensa de la Constitución si no hay protección de derechos e intereses y no hay garantía de éstos sin defensa y protección de la Constitución".²²

Pues bien, creemos que al señalar que el proceso de inconstitucionalidad también tiene como objeto la defensa de los derechos fundamentales, no podría sino aludirse a una defensa en abstracto, aun cuando ello tenga como consecuencia mediate la reparación de la situación jurídica concreta de un individuo.

Por ejemplo, si pensamos en un inversionista extranjero cuyos derechos están siendo lesionados por una ley que le impide competir en las mismas condiciones que el inversionista nacional, la declaración de inconstitucionalidad de esta ley sin duda lo beneficiará, pero ello no significa que el proceso haya tenido por objeto la defensa exclusiva de sus derechos fundamentales.

En suma, nos parece que este argumento es redundante y no permite justificar por sí solo la necesidad de permitir la intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad, pues toda protección de los derechos fundamentales en el nivel abstracto, redundará en una protección en el nivel de los casos concretos; sin que podamos imaginar una situación en la que esta consecuencia no se produzca. Nos parece por ello importante ubicar la justificación de tales intervenciones en la necesidad de optimizar el proceso de interpretación de la Constitución, como ha sido señalado anteriormente.

²¹ Ver STC No. 0015-2006-PVTC, R18 y 9; STC No. 0025-2005-PVTC y 0026-2005-PVTC (recurso de amparo); R17; STC No. 0031-2005-PVTC, R18 y 9; STC No. 0017-2006-PVTC.

²² NOGUERA ALCALÁ, Humberto, Op. Cit. p. 200.

III. UN CASO ESPECIAL DE TERCERO: EL AMICUS CURIAE

1. Antecedentes y definición de los alcances del instituto

Aun cuando su alcance y utilidad exceden el ámbito del proceso de inconstitucionalidad, queremos referirnos especialmente al caso del *amicus curiae*, por tratarse de uno de los mecanismos más importantes en que se ha encauzado la participación de terceros en los sistemas de control abstracto de constitucionalidad de las leyes, aun cuando su mayor desarrollo se haya producido justamente en aquellos sistemas en que dicho control es difuso.

El *amicus curiae* o "amigo del tribunal", puede ser definido como un tercero que comparece a un proceso ajeno, con la finalidad de presentar al juzgador, información trascendente para la resolución del caso cuando éste reviste un marcado interés público; lo que lo convierte en un instrumento ideal para la intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad.

Como señala Ferreira Maciel, el *amicus curiae* es un instituto de matriz democrática, toda vez que permite, más allá de la existencia de intereses particulares, que terceros presenten al mundo subjetivo del proceso para discutir objetivamente cuestiones jurídicas que van a afectar a la sociedad en su conjunto.²⁸

La intervención del *amicus* se materializa en la presentación de un informe o *amicus brief*, en el cual se incorpora información fáctica, o jurídica de relevancia para la solución de la controversia. Así, tal informe puede presentar datos estadísticos, mostrar legislación y jurisprudencia comparadas, llamar la atención sobre pronunciamientos previos que ha realizado la Corte sobre la misma materia, o poner de manifiesto la posición adoptada por los órganos internacionales en materia de derechos humanos, entre otras cosas.

La institución del *amicus curiae* constituye una figura clásica, cuyos antecedentes más remotos se encuentran en el derecho romano, siendo luego incorporado a la práctica judicial de los países del *common law* a comienzos del siglo XX²⁹, en donde ha logrado su mayor desarrollo. Desde allí se ha extendido al ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y luego a muchos países de tradición jurídica europeo-continental. Al respecto, señala Cueto Rúa—citando a Bouvier y Rawle—que el *judex* romano estaba facultado a llamar a un abogado para que le brindara su consejo, en la resolución de la causa.³⁰

Agrega que el *amicus curiae* en el *common law*, fue inicialmente concebido como un colaborador interesado en ayudar al tribunal al mejor cumplimiento de sus funciones, ilustrándolo sobre alguna materia jurídica sobre la cual tenía dudas o advirtiéndole de sus errores, como por ejemplo, cuando un precedente aplicable al caso no había sido publicado, o el juez no lo había identificado, o no lo recordaba.³¹

²⁸ FERREIRA MACIEL, Acherar, *Amicus curiae: un instituto democrático*. En *Revista de Información Legislativa*, v. 39, No. 173, enero-marzo 2002, p. 7.

Disponible en: www.senado.gov.uy/tebas/temas/AmicusCuriae.pdf, [13/01/2008].
Cabe indicar que muchas de las definiciones sobre el instituto del *amicus curiae* resaltan el carácter ajeno de los derechos que se demuestran en el proceso, de modo a que resulten su participación en controversias entre dos partes concretas, pero que involucren materias de trascendencia pública. Así OMARCO, Norberto Carlos, *Nuevas instituciones procesales: el "amicus curiae"* en la Ciudad de Buenos Aires. En: *La Ley*, 2004-D, Buenos Aires, p. 1277; ANREGUI, Martín y COURTES, Clemente, *Perjuicios y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino*. En: AA.VV. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Editora del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 187.

²⁹ Informe sobre el Instituto del "amicus curiae" (25 de septiembre de 2007), p. 1. Disponible en: <http://www.oas.org/sr/> (consultado el 05 de junio de 2008).

³⁰ CUETO RUA, Julio, *Acceso del "amicus curiae"*. En: *La Ley* 1988-D, Buenos Aires, p. 713.

³¹ *Ibidem*, *La Ley*, cit.

Por su parte, Samuel Krislov señala que las primeras intervenciones de estos terceros (*bystanders*) aparecen citadas en los *Yearbooks* de las cortes inglesas, en las que cumplieron la función de advertir al juez sobre temas diversos, como la presencia de errores manifiestos, la muerte de alguna de las partes, o la existencia de normas específicas para la solución del caso, actuando incluso en defensa de intereses de menores. No obstante, destaca que la autorización de las Cortes para participar como *amicus curiae* fue más una cuestión de gracia que un derecho, por lo que desde un inicio las Cortes evitaron precisar los alcances de esta figura y las circunstancias que permitían su utilización.²⁸

Luego, el *amicus curiae* se difundió en el escenario norteamericano, a partir de la primera intervención del *Attorney General* en una causa tramitada en el año 1912, presentando un informe "a manera de sugerencia" ante la Corte Suprema de los Estados Unidos. Mas adelante, a partir de 1930, diversas organizaciones privadas aparecieron actuando en las Cortes bajo esta figura, aunque no precisamente como sus colaboradores, sino abogando abiertamente por los intereses de un grupo o colectivo interesado, que deseaba apoyar la posición de una de las partes del litigio.

De este modo, aparecieron en escena –además de las diversas agencias estatales y representantes del gobierno que ya venían actuando como *amicus*– los sindicatos, las confederaciones y las organizaciones profesionales u ocupacionales, así como las iglesias, cuerpos religiosos, y asociaciones privadas dedicadas a la defensa de intereses públicos no estatales, como los derechos de las minorías negra y judía, los pacifistas, los defensores de los derechos civiles, entre otros.²⁹

Esta neutralidad inicial que rodeaba la intervención del *amicus*, como veremos más adelante, fue abandonada paulatinamente en el derecho norteamericano, donde en la actualidad se le considera más bien como un tercero interesado y comprometido con el resultado de la controversia, lo que lejos de restarle utilidad, ha generado la aprobación de reglas procesales buscan dotar de transparencia su actuación.³⁰

Con todo, la importancia de los aportes realizados a través de la figura del *amicus curiae*, como mecanismo que permite la participación de terceros en el debate jurisdiccional cuando se discuten asuntos de relevancia pública, ha llevado a la doctrina a resaltar su carácter participativo, y a considerarlo un instrumento que refuerza el modelo republicano de gobierno.³¹

2. Función del *amicus curiae*

En relación a la función que cumple el *amicus curiae* en el debate judicial, la doctrina norteamericana ha identificado una serie de razones que muestran la utilidad del *amicus brief*, entre las que podemos destacar las siguientes:

a) El *amicus curiae* proporciona al Tribunal información relevante

Sin duda alguna, la principal función que cumple el *amicus curiae* es proporcionar al Tribunal información, argumentos u opiniones que servirán como elementos de juicio para adoptar una decisión ilustrada sobre el problema que será decidido, que en nuestro caso es uno de naturaleza constitucional.

²⁸ KRISLOV, Samuel, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*. En: *The Yale Law Journal*, Volumen 72, No. 4, marzo 1963, pp. 694-695.

²⁹ ANGELL, Edwin, *The Amicus Curiae: American Developments of English Institutions*. En: *The International and Comparative Law Quarterly*, Volumen 14, No. 04, octubre 1947, pp. 1017-1030.

³⁰ Según Fumera Macías, el *amicus curiae* del derecho norteamericano debe entenderse más como un "tercer parte" (que como lo "tercer partes", por ser un tercero que comparece al proceso, en realidad, más con la intención de ayudar a una de las partes que con la intención de brindar ayuda o esclarecimiento al Tribunal. (FERREIRA MACÍAS, Op. Cit. p. 7.)

³¹ ABBEGLI, Marilyn COURTE, *Christie*, Op. Cit. p. 386.

Como resaltan Spriggs y Wahlbeck, quienes han estudiado el impacto de la información proporcionada por los amicus en la Corte Suprema norteamericana, la presentación de sus amicus briefs es importante porque reduce el problema de la información en las Cortes, al permitir a los jueces anticipar el impacto de sus decisiones.³⁴ Dichos informes contienen información sobre las consecuencias económicas, políticas y sociales de la decisión, muestran la eventual afectación de políticas más amplias, ponen de manifiesto el compromiso del amicus con ciertos aspectos concretos del problema, y desarrollan mayores argumentos legales sobre temas particulares y especializados.³⁵

Ahora bien, ¿por qué podría ser importante la información proporcionada por terceros?

Spriggs y Wahlbeck ensayan una explicación para el escenario norteamericano. Señalan que los jueces actúan normalmente motivados por sus preferencias ideológicas acerca de los asuntos públicos, y deciden los casos dando forma a nuevas reglas legales para alcanzar tales objetivos, para lo cual requieren contar con información acerca de las consecuencias de las diversas alternativas de decisión.

Dado que las partes suelen estar enfocadas en los detalles de su caso concreto, es probable que el tema de las consecuencias políticas de la decisión en un marco más amplio no sea abordado en sus respectivas defensas.

Sin embargo, los amicus curiae sí pueden proporcionar esta información y ayudar a los Tribunales a entender las consecuencias políticas de sus decisiones³⁶, dado que se trata de participantes habituales que poseen experiencia y recursos especializados, lo que aumenta la confianza en la calidad de la información que se encuentra a disposición del Tribunal.³⁷

b) El amicus curiae muestra cuáles son las políticas y valores involucrados

Por otro lado, la intervención de terceros como amicus curiae, permite a los Tribunales identificar los diversos valores que están involucrados en la decisión, y advertir la manera en que un determinado caso aparece inserto en el marco de una política estatal mucho más amplia, lo que normalmente no es mencionado por las partes.³⁸

Esto resulta sumamente importante, pues al momento de adoptar una decisión trascendente que establecerá reglas vinculantes y servirá como guía para la actuación de la judicatura, el Tribunal debe haber identificado todos los valores afectados, para luego sopesar cuidadosamente los perjuicios y beneficios de una u otra alternativa de decisión.³⁹

³⁴ SPRIGGS, James F. y WAHLBECK, Paul J., Amicus curiae and the Role of Information at the Supreme Court, *Em Political Research Quarterly* No. 30,2 (junio 1997), p. 345.

³⁵ Según Paul M. Galanter Jr., este es uno de los motivos que explica parte de la presencia de amicus curiae (especialmente los privados) en el debate de un caso ante la Corte Suprema norteamericana. Así, según este autor, los amicus briefs son efectivos porque proveen a los Tribunales de información complementaria a la presentada por las partes, y resaltando la controversia desde perspectivas diferentes, introduciendo evidencia proveniente de los círculos sociales, o haciendo al Tribunal sobre los puntos institucionales de otras acciones políticas, como el Ejecutivo y las agencias de gobierno. (COLLINS JR., Paul M., *Friends of the Court: Examining the Influence of Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Decisions*, *Em Law & Society Review*, Vol. 38, No. 4, diciembre 2004, p. 815)

³⁶ SPRIGGS, James F. y WAHLBECK, Paul J., *Idem*, p. 367.

³⁷ *Idem*, p. 368.

³⁸ "The brief, in short, should represent not only the interests of partisan interest but an authoritative and persuasive source of reference as to the governing law and public policy to aid the court in reaching its decision" (MACCRO, Louis A.; y Deborah E. COOPER, *The Amicus as Amicus Curiae: The Key to the Combomb*, *Em Journal of Accounting*, noviembre 1987, p. 74.)

³⁹ "Modern amicus briefs invariably advance the policy arguments of a particular party to the dispute, and they are considered to some degree to be a form of judicial lobbying. When large political or social issues are implicated by a decision, the amicus can provide facts and information that the parties in the case cannot. A good brief can emphasize the public values at issue, and help the court understand how a particular result will, for instance, favor or disadvantage business". (COOPER, Ella R., *A Friend of the Court*, *Em Risk Management Magazine*, Volumen 51, No. 6, agosto 2004, p. 44.)

- c) El *amicus curiae* advierte al Tribunal del impacto social o económico de sus decisiones

Vinculado a lo anterior, la figura del *amicus curiae* constituye la puerta de entrada de otras disciplinas al debate judicial, en la medida que busca ilustrar al Tribunal sobre las consecuencias económicas o sociales de sus decisiones.

De hecho, cada vez más científicos sociales participan en la elaboración y presentación de *amicus briefs* ante las Cortes. Estos informes contienen los resultados de estudios vinculados a la materia que se discute, y describen las implicaciones de la decisión, sirviendo de apoyo complementario a los argumentos legales utilizados por los jueces. Como resalta Ronald Roesch, este tipo de informes se han presentado ante las cortes norteamericanas en casos vinculados a la imposición de la pena de muerte, aborto, derechos de los homosexuales, composición de los jurados, derechos de los discapacitados mentales, entre otros.⁶²

- d) El *amicus curiae* permite al Tribunal identificar la toma de posición de los grupos interesados

Como hemos señalado, la neutralidad como una de las notas características del *amicus curiae*, fue abandonándose paulatinamente en la práctica judicial de algunos sistemas como el norteamericano, en el que hoy no se le concibe necesariamente como un tercero neutral, con un interés exclusivo en colaborar con el Tribunal, sino que se le reconoce como un participante interesado en el resultado del proceso, al que debe exigírsele transparencia, por ejemplo, imponiéndole la obligación de declarar en su informe a la parte que apoya, o de revelar si alguna de las partes ha participado económicamente en la elaboración de su informe.

Respecto a este tema, se ha resaltado que la aparente neutralidad del instituto podía ocultar una coordinación real entre el *amicus* y las partes, generando una distorsión que no podía ser advertida por el juez. Sin embargo, tales coordinaciones no necesariamente implicarían una ventaja, pues al bien podría pensarse que la repetición de la misma información por varios actores resulta más persuasiva que aquella que se sostiene individualmente, ello también podría restarle credibilidad al informe del *amicus* frente a los ojos del Tribunal.⁶³

Pese a ello, el apoyo dispersado por el *amicus* a la postura de una de las partes, bajo condiciones de transparencia, tiene la ventaja de mostrar al Tribunal quiénes son los interesados y qué postura asumen en el debate⁶⁴, información que le permite valorar adecuadamente los informes presentados por las partes.

- e) La participación del *amicus curiae* llama la atención sobre el carácter público de la disputa

Finalmente, conviene señalar que la participación de *amicus curiae* en una causa determinada, constituye una señal clara del carácter público de la controversia, más aún cuando ante la presencia de más de un informe en apoyo de cada una de las partes.

De hecho, existen estudios que demuestran que la presencia de *amicus curiae* incrementa la posibilidad de que un caso sea seleccionado para ser revisado por la Corte Suprema

⁶² ROESCH, Ronald y otros, *Social Science and the Courts. The Role of Amicus Curiae Briefs. For Law and Human Behavior*, Voluntas 12, No. 21, febrero 1991, pp. 1-4.

⁶³ SPINQOS, James F y WAHLBECK, Paul J., *Op. cit.* p. 349.

⁶⁴ ARELLÓ, María y COURTIS, Christian, *Op. Cit.*, p. 366.

norteamericana, mediante un writ of certiorari; y tiene una influencia importante en el éxito que un litigante puedan obtener sobre el fondo del asunto.⁴³

Más aún, según señala Paul M. Collins Jr., la cantidad de organizaciones interesadas que aparecen suscribiendo informes en calidad de *amicus curiae* brinda al Tribunal una muestra razonable del sentido de la opinión pública sobre los temas específicos que serán materia de debate, lo que resulta información útil al momento de decidir, en la medida que una Corte buscará no apartarse demasiado de dicho parámetro.

IV. REVISANDO LA EXPERIENCIA COMPARADA

Un elemento importante antes de pasar a analizar la intervención de terceros en nuestro proceso de inconstitucionalidad, es la revisión del tratamiento que se ha dispensado a este tema en otros ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro, o que constituyan una referencia frecuente en cuanto a la regulación de nuestros procesos constitucionales.

En ese sentido, veremos que la figura del *amicus curiae*, originalmente desarrollada en el derecho anglosajón, ha sido recogida con matices distintos en ordenamientos como el colombiano, el argentino y el brasileño, en los que se ha rescatado su neutralidad original, distandándose de la configuración que se le otorga en el ámbito norteamericano, por ejemplo. En el otro extremo, en contrarios casos como el español, en donde se rechaza tajantemente la posibilidad de que terceros puedan intervenir en los procesos de control de la constitucionalidad de las leyes, al entender que existen otras vías para que tales sujetos obtengan la tutela de sus derechos o intereses individuales.

Por último, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constatamos que el *amicus curiae* es una institución comúnmente utilizada en los procedimientos consultivos y contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que constituye una razón adicional para su reconocimiento en los ordenamientos que reconocen su competencia.

1. El *amicus curiae* en el derecho norteamericano

En el sistema norteamericano, perteneciente a la familia jurídica del *common law*, no existe un proceso de control abstracto de la inconstitucionalidad de las leyes, pues a partir de la célebre sentencia emitida en el caso *Marbury vs. Madison*, dicho control es ejercido de manera difusa por todos los jueces del Estado, en el marco de los procesos judiciales concretos que tienen a su cargo.

Así, las cuestiones de relevancia constitucional se presentan siempre en el contexto de una controversia específica entre dos partes, que transita al interior de los circuitos judiciales de cada Estado, y eventualmente puede llegar hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos, a través del ejercicio discrecional del writ of certiorari, mediante el cual ésta puede seleccionar aquellos casos excepcionales que entrará a conocer y resolver, creando reglas vinculantes para todos los jueces y tribunales del Estado federal.

En ese contexto, el *amicus curiae* apareció como un mecanismo que inicialmente permitió representar los intereses públicos —estatales o federales— que resultaban involucrados en la tramitación de causas privadas⁴⁴, de manera que sus primeras apariciones estuvieron vinculadas a la representación de ese tipo de intereses.⁴⁵

⁴³ COLLINS JR., Paul M., Op. Cit., p. 868.

⁴⁴ "The problem of representation of third party interests under the common law system was, if anything, exacerbated by the American system. The creation of a complex federal system created not only that state and national interests were intrinsically in conflict, but also that an ever greater number of conflicting public interests were potentially represented in the course of private suits." (RUSKOV, Daniel, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, En: *The Yale Law Journal*, Volumen 72, No. 4, marzo 1962, p. 677.)

⁴⁵ *Ibidem*, p. 700.

No obstante, el *amicus* tuvo desde sus primeros antecedentes un matiz de neutralidad que lo colocó en la posición de un colaborador de la Corte, aunque este carácter fue perdiéndose poco a poco, al punto que actualmente se lo reconoce como un tercero que tiene un interés en la causa y que apoya abiertamente la posición de una de las partes, lo que como veremos, no coincide con el matiz que se le otorga a esta institución en los ordenamientos jurídicos de tradición europea continental, en los cuales la neutralidad resulta ser un elemento que influye directamente en la credibilidad del *amicus brief*.⁴⁶

Cabe señalar que el *amicus curiae* en el sistema norteamericano puede presentarse en todo tipo de procesos, y su actuación no se limita únicamente al escenario de la Corte Suprema, siendo comúnmente utilizado en los juzgados y cortes estatales, quienes aprueban sus propios reglos para la admisión de sus informes.

En el caso de la Corte Suprema norteamericana, hasta 1937 no existía una norma que reglamentara la presentación del *amicus brief*, de manera que los informes eran admitidos si contaban con el consentimiento previo de las dos partes del proceso, aunque la Corte se mostraba flexible en la valoración de este requisito.⁴⁷ Sin embargo, a partir de 1949, la Corte estableció que el consentimiento de las partes era una condición necesaria para su admisión, reconociéndose de manera expresa la utilidad del *amicus brief* para los miembros de la corte, al ser una fuente de información valiosa para adoptar una decisión.⁴⁸

Actualmente, las exigencias que deben cumplirse para la admisión del informe en calidad de *amicus curiae*, aparecen descritos en la Regla 27 del Reglamento de la Corte Suprema de los Estados Unidos, y pueden ser resumidas de la siguiente manera:

1. El informe que proporciona información valiosa que no ha sido proporcionada por las partes, resulta de una considerable ayuda para la Corte; el que no cumple con este objetivo, recarga el trabajo de la Corte, y su admisión no debe resultar favorecida.
2. El informe debe ser acompañado con la constancia escrita del consentimiento de las partes, y debe indicarse expresamente a cuál de las partes se está apoyando.
3. Si el consentimiento no es otorgado por alguna de ellas, el informe debe incorporar un pedido a la Corte para su admisión, exponiendo los motivos que justifican la intervención del *amicus*.
4. El consentimiento de las partes no será necesario, si el *amicus brief* es presentado por alguno de los representantes o agentes del Estado, en respaldo del mismo, o de alguna de sus agencias gubernamentales.
5. Excepto en los casos señalados en el punto anterior, el informe debe indicar, en su primera página, si en su elaboración se ha recibido la colaboración económica o el consejo de alguna de las partes. Asimismo, se debe identificar a todas las personas o entidades que, además del *amicus curiae*, hayan participado en su elaboración.

⁴⁶ "The institution of a brief by an organization before the judiciary largely fits the role of a *curiae*, but qualitatively ambivalent as to whether the institution of the brief is an objective or subjective act. The *amicus* is no longer a neutral, an apolitical embodiment of justice, but an active participant in the interest group struggle" (Weiler, p. 702).

⁴⁷ MONTOYA, María Daniel, *Amicus curiae* (Amigo de la Corte) y otros roles: las formas utilizadas para presentar a la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos. En: *La Ley* 1992(1), Buenos Aires, p.1235.

⁴⁸ Sobre la influencia de la actividad de los *amicus curiae* en la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, véase el congreso escrito de KEARNEY, Joseph D. y MERRILL, Thomas W., *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*. En: *University of Pennsylvania Law Review*, Volúmenes 146, No. 3, enero 1998, pp. 734-853.

Como se pueda apreciar, las normas anteriores no exigen neutralidad al *amicus curiae*, pero le imponen una obligación de transparencia, al forzarlo a declarar la posición que apoyan, y la colaboración recibida de las partes en la elaboración de su informe, lo que como veremos, no aparece en las regulaciones dictadas en los países de tradición europeo continental que hemos revisado.

Asimismo, la exigencia de contar con el consentimiento previo de todas las partes resulta razonable en el escenario norteamericano, porque la discusión de las materias constitucionales se produce en el marco de un litigio privado. Sin embargo, nos parece que no cumpliría ninguna función en un proceso de control abstracto de constitucionalidad de las leyes, ya que en este último caso, la intervención del *amicus* no puede afectar el equilibrio de las fuerzas.

2. La intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad colombiano

En Colombia, el inciso 1 del artículo 242 de la Constitución de 1991, establece que cualquier ciudadano puede ejercer la acción de inconstitucionalidad "e intervenir como impugnador o defensor de las normas sometidas a control en los procesos promovidos por otros, así como en aquellos por los cuales no existe acción pública". De esta manera, se ha configurado una "acción popular de inconstitucionalidad" en la que existe total amplitud para la intervención de terceros, en la medida que cualquier ciudadano –y por consecuencia lógica, también una agrupación de ciudadanos– puede presentarse y apoyar cualquiera de las posiciones planteadas en la controversia constitucional.

Sin perjuicio de ello, es la figura del invitado en el derecho colombiano, la que suscita mayor interés. Esta aparece regulada en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, de la siguiente manera:

"Artículo 13.- El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso, a presentar por escrito que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto del fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trate el artículo anterior.

(...) El invitado deberá, al presentar su concepto, manifestar si se encuentra en conflicto de intereses".

Como se puede apreciar, la figura recogida por esta norma reviste los caracteres propios del *amicus curiae*, aunque se distancie de su concepción norteamericana, ya que se enfatiza la imparcialidad de este tercero, a quien se le exige que no tenga intereses comunes con alguna de las partes.

Es importante mencionar que el citado artículo 13 fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, en la que se alegó que la posibilidad de "toda persona" para intervenir como impugnador o defensor de una norma ya impugnada previamente, era el único caso constitucionalmente permitido de intervención de terceros en un proceso ante la Corte Constitucional. Asimismo, se sostuvo que las invitaciones cursadas en virtud del artículo 13 impugnado, desnaturalizaban la función del ponente, quien debía estar en capacidad de elaborar un proyecto sin necesidad de conceptos emitidos por terceras personas.

La demanda fue rechazada mediante la sentencia C-513 de 1992, declarándose inconstitucional la norma impugnada, y precisándose los alcances y función de la figura del invitado o experto, en el sentido de "facilitar la obtención de elementos de juicio, informaciones y evaluaciones que puedan requerirse para la preparación de la ponencia" dejando a salvo la autonomía de la Corte para decidir.

Asimismo, la Corte puntualizó que los aspectos materia de dictamen "son únicamente de hecho, es decir aquellos relacionados con elementos sobre los cuales habrá de recaer el fallo", pero que "no atañen a su fundamentación constitucional ni a la inferencia jurídica sobre la constitucionalidad o

inconstitucionalidad de una norma sujeta a control.¹⁶ Tal sería el caso –señaló– de estudios técnicos o científicos necesarios para sustentar la decisión, o de proyecciones, datos, estadísticas o definiciones cuyo conocimiento o análisis pudiera ser aconsejable.

Finalmente, la Corte dejó abierta la posibilidad de que el ponente solicitara o considerara la opinión de las organizaciones o colectivos que se vean afectados por las normas impugnadas ante la Corte, o que hayan realizado estudios o cuenten con información relevante para la resolución del caso, pese a que esta posibilidad no se encuentra prevista normativamente.¹⁷

Por ello, es muy frecuente la participación de terceros en calidad de amicus curiae ante la Corte Constitucional colombiana, como lo demuestra la extensa participación de asociaciones civiles y organismos no gubernamentales en el reciente proceso resuelto mediante sentencia C-075/07, en el que se impugnó la ley que regula la “unión marital de hecho”, en el extremo que establecía una protección patrimonial para los integrantes de parejas heterosexuales, pero no para las homosexuales.

3. El amicus curiae en el derecho argentino

Al igual que el sistema norteamericano, el ordenamiento argentino carece de un proceso de control abstracto de la constitucionalidad de las leyes, de manera que las cuestiones constitucionales de mayor relevancia, aparecen insertas en una controversia concreta. Pese a ello, resulta de interés para nosotros, ya que han logrado un importante desarrollo de la figura del amicus curiae.

Según señala Víctor Bazán, un antecedente importante para el caso argentino, lo constituye la causa No. 761, referente a Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), de la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por tratarse del primer caso en que los tribunales argentinos admitieron la intervención de un amicus curiae.¹⁸

En dicha oportunidad, la citada Cámara realizó las siguientes precisiones sobre los alcances de esta figura:¹⁹ (i) El papel del amicus curiae está reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan un interés válido y genuino en el tema y acrediten debidamente su especialización, (ii) Su intervención solo es admisible en casos de amplio interés público.

Posteriormente, la participación de amicus curiae empezaría ser aceptada en diversos tribunales argentinos, incorporándose oficialmente a la práctica de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de la **Acordada No. 28 de 14 de julio de 2004**, en la que se resolvió –por mayoría– autorizar la intervención de estos terceros bajo ciertas reglas, que forman parte de dicha resolución.²⁰ Los lineamientos centrales son los siguientes:

- Pueden intervenir como “amigos del tribunal”, tanto las personas físicas como las personas jurídicas que, sin ser parte en el pleito, ostenten reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el mismo.

¹⁶ “Al respecto debe recordarse el carácter esencialmente público de la acción de inconstitucionalidad y los intereses, también públicos, que están en juego cuando se trata de decidir con efectos erga omnes la constitucionalidad de una de las leyes enmendadas en el artículo 281 de la Constitución. De allí que, leve de lo técnico o científico, que puede formularse en desarrollo de la norma atacada, así como de la necesidad de tener, al votar la Constitución y por el contrario, basados en hechos, los principios de la democracia participativa por ella buscados, suscritos los jueces y el público que sobre el tema en estudio tienen los conocimientos, los servicios, los recursos, las especialidades de los distintos, de analizarlos a través de libros y artículos científicos, o sea a otro fin que por los casos sujetos a la decisión de la Corte, o que hayan efectuado estudios o cuenten con información que pueda servirle o le mejor comprensión del proceso.” (véase también el presente).

¹⁷ BAZÁN, Víctor, *Amicus curiae, intervención del debate jurídico y demás temas*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año 2004, No. 61, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 245.

¹⁸ AREGGÓ, María y COURTIS, Clemente, *Op. Cit.*, p. 297.

¹⁹ BAZÁN, Víctor, *El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impacto en el derecho argentino*. En: Cuadernos Constitucionales, No. 12, enero-junio 2005, p. 47.

- La presentación debe ser corta, y deberá realizarse dentro de los 15 días siguientes al llamado de autos para sentenciar.
- El tercero deberá fundamentar su interés para intervenir en la causa, informar de la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso. Si el Tribunal lo considera conveniente, ordenará la incorporación del informe al expediente.
- La presentación de amicus curiae puede efectuarse en todo tipo de procesos judiciales que sean competencia de la Corte, en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o de interés general. Deben realizarse con la única finalidad de expresar una opinión o una sugerencia fundada sobre el objeto del litigio, en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante.
- La Corte no estará vinculada a dicha opinión, pero puede tomarla en cuenta en el pronunciamiento que dicte.
- El amicus no tiene carácter de parte ni puede asumir los derechos procesales que le corresponden a éstas.

Con esta regulación del amicus curiae, el ordenamiento procesal argentino se coloca junto al norteamericano, como uno de los que muestra un mayor desarrollo de los alcances de esta figura; aunque distanciándose de este último, en la exigencia de neutralidad a la intervención de este tercero, lo que aparece como esencial en su configuración.

4. La intervención de terceros en el recurso de inconstitucionalidad español

En el caso español, el control de la constitucionalidad de las leyes se realiza a través de dos vías.

Por la vía directa, a través del recurso de inconstitucionalidad regulado en el artículo 161 de la Constitución Española de 1978 (CE), que puede ser planteado ante el Tribunal Constitucional sólo por los órganos legitimados en el artículo 162.1 de dicha norma; y por la vía incidental, a través de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en su artículo 163, que debe ser planteada por el órgano judicial ante el Tribunal Constitucional cuando en un proceso concreto, advierte que la ley de cuya validez depende el fallo que dictará, puede ser contraria a la Constitución.

Respecto del recurso de inconstitucionalidad, no existe en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 2/1979 de 03 de octubre, ninguna disposición que prevea la intervención de terceros en esta vía. No obstante, existe una línea jurisprudencial consolidada en el sentido de rechazar la intervención de cualquier sujeto distinto de los legitimados para demandar o ser demandado, incluso bajo el concepto de amicus curiae, como aparece explicado claramente en el Auto 216/1999 del 15 de septiembre.⁴¹

⁴¹ Así, dicho Auto expresa lo siguiente:

"1. En doctrina reiterada de este Tribunal (AATC 172/1995, 232/1996 y 378/1996, entre otros) que le notificará obstarle del recurso directo, debido al enjuiciamiento de la constitucionalidad de una Ley, no de hecho, como regla general, la intervención de cualquier persona distinta o no relacionada en los artículos 162 C.E. y 32 y 34 LOTC, sin que el artículo 81 LOTC permita generalizar la intervención del involucrado en estos los procesos constitucionales, pues con respecto se limita a otorgar la carga procesal de la postulación (AATC 1.202/1987 y 1/10/1997). Evidentemente, de acuerdo con los artículos 32 y 34 LOTC que, en principio, no son posibles otras participaciones en el recurso de inconstitucionalidad que las de los expresamente legitimados por dichos preceptos, tal y el supuesto obrante, desde el ATC 172/1995, respecto a los Consejeros Autonómicos en un recurso de inconstitucionalidad cuando éste presenta "un contenido competencial que lo convierte en instrumento de solución de discrepancias conflictiva de este índole, tanto en el grado de la simple lectura del artículo 67 LOTC".

En cuanto a la cuestión de inconstitucionalidad, a partir del Auto 132/1983 del 23 de marzo, se formuló lo que sería luego una doctrina constitucional reiterada del Tribunal Constitucional⁶¹, en el sentido de rechazar la posibilidad de que las partes del proceso judicial que dio origen a la cuestión, pudieran intervenir formulando alegaciones ante el citado Tribunal. Nótese que se trata de terceros respecto de este procedimiento, ya que el único legitimado para iniciarlo es el órgano jurisdiccional que tramita la controversia en sede judicial.

No obstante, mediante la modificación introducida por Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, ahora es posible dicha intervención⁶², la cual se materializa en la posibilidad de presentar alegaciones luego de la admisión de la cuestión de inconstitucionalidad.

5. La intervención de terceros en los procesos de control abstracto de la constitucionalidad en el Brasil

La Ley 9.868 del 10 de noviembre de 1999, regula en el Brasil la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad, las cuales se tramitan, ambos, ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil.

La acción directa de inconstitucionalidad sólo puede ser interpuesta por las autoridades y órganos expresamente legitimados para ello, que aparecen listados en el artículo 2 de dicha norma. Cabe indicar que el artículo 7 de la misma, rechaza expresamente la posibilidad de intervención de terceros, aunque deja abierta esta posibilidad únicamente para la intervención de algún otro órgano estatal, teniendo en cuenta la relevancia de la materia discutida. Veamos:

"Artículo 7.- Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

(...)(VETADO)

2.- O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades".

Elo significa que para estos casos, la intervención de terceros interesados en la resolución de la controversia no resultaría posible, aunque el artículo 9.1. de la misma norma permite que el relator del Tribunal solicite información a terceros, recogiendo de esta manera la figura del *amicus curiae*.⁶³

Lo mismo ocurre con la llamada acción declaratoria de constitucionalidad, en la que existen idénticas disposiciones, contenidas en los artículos 18 y 20.1 del mismo cuerpo legal. La doctrina ha resaltado la utilidad de dichas intervenciones, las cuales no se limitan a los procedimientos de inconstitucionalidad antes citados, sino que muestran sus ventajas en toda clase de proceso o procedimiento.⁶⁴

⁶¹ Así, esta doctrina aparece reiterada en el ATC 128/1983, ATC 174/1985, ATC/178/1986, ATC 166/1988, entre otros.

⁶² Ley Orgánica 2/1979 de 23 de octubre, modificada por Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo.

⁶³ Artículo 37.- (...).

⁶⁴ Publicado en el "Boletín Oficial del Estado" la admisión a trámite de la cuestión de inconstitucionalidad, genera unánimemente en el procedimiento judicial por el que se tramita ante el Tribunal Constitucional dentro de los 15 días siguientes a su publicación, para formular alegaciones, es el plazo de ser 15 días".

⁶⁵ Artículo 9 de la Ley 9.868 del 10 de noviembre de 1999.

⁶⁶ "1. Das caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de direito incidente das referências existentes nos autos, poderá o relator, considerando a relevância da matéria, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades, ou, por despacho público, ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade no assunto".

⁶⁷ "Para os fins de validade do processo de controle, o "relator do ato", o "juiz do ato", o "juiz" (...) todos esses sujeitos do processo podem (e devem) agir sempre pelo autor (parte, autor sujeito, que não o órgão e seu papel, que não pretende colaborar com uma legítima, acobardando e excluindo suas tradicionais atribuições. Seu função é atuar, direta. Não desempenha função que, em complemento, que se faz necessária para que possa agir livre, ou mesmo no plano de direito processual, como se veriam, devidamente representados (...)" (CARPINELLA SUENO, Caso Amicus curiae no processo civil brasileiro: um escrito estrangeiro, citado por FERRETTI).

6. La intervención de terceros en los procedimientos seguidos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resulta interesante revisar el tratamiento que se le otorga a la intervención de terceros en los procedimientos seguidos ante los órganos jurisdiccionales creados para verificar y sancionar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados en esta materia. Nos referiremos específicamente a los procedimientos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por tratarse de un referente cercano a nuestro sistema, cuyas decisiones son utilizadas con mucha frecuencia en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Como sabemos, los individuos lesionados en sus derechos humanos por algún Estado parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, no pueden acudir directamente ante la CIDH, sino que deben dirigirse a la Comisión, quien luego de investigar los hechos y analizar el caso, interpone la demanda respectiva ante la CIDH. Es por ello, que el procedimiento contencioso ante la CIDH tiene como partes formales, sólo a la Comisión y al Estado denunciado.

Pues bien, pese a ello, el Reglamento de la CIDH tiene prevista la posibilidad de participación de las presuntas víctimas en su artículo 23, reconociéndoles el derecho de presentar solicitudes, argumentos y pruebas, a lo largo de todo el proceso.³²

Además de esta vía regulada para la intervención de terceros en sus procedimientos, es común la presentación de *amicus curiae* ante la CIDH³³, pese a que esta figura no se encuentra mencionada ni en la Convención, ni tampoco en el Reglamento de la Corte, en el que sólo se hace referencia de modo genérico a la participación de "otras personas" en las audiencias y diligencias.

De Piñola Bata y Loayza Tamayo resaltan la importancia de los informes presentados por estos amici, en la medida que "proponen una interpretación amplia de las facultades de la Corte y contribuyen al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos".

Señalan también que la mayoría de los informes presentados hasta el año 1996³⁴, estaban referidos básicamente a cuestiones jurídicas, y fueron elaborados por instituciones académicas u organizaciones no gubernamentales radicadas en los Estados Unidos, aunque puede notarse cierta presencia de organizaciones y profesores universitarios de América Latina³⁵.

En cuanto a la función consultiva de la CIDH, desde su entrada en funcionamiento hasta la fecha se han emitido 19 Opiniones Consultivas, apreciándose en casi todas ellas la presencia de *amicus curiae*, con la excepción de la OC-4/84 y la OC-12/91, ambas solicitudes por el gobierno de Costa Rica, y referidas a temas de política interna.

La presentación de informes ha comprendido tanto a organizaciones como a personas naturales, debiendo resaltarse que el primer caso en que una persona natural se presentó invocando

³² Gloria, Op. Cit., I, en. Cx.). Ver también MATHIAS DE SOUZA, Carlos Fernando, *O Amicus Curiae no mecanismo positivo brasileiro* (I), Do Direito & Justiça, Suplemento del Correio Braziliense, segunda-feira, 25 de março de 2003; FERREIRA, Milton Luiz, *Amicus curiae - Introdução de consultas*, En: *Revista CBJ*, Brasília, No. 18, julio-septiembre 2002, pp. 83-84.

³³ Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 23 - Participación de las presuntas víctimas.

³⁴ Después de iniciado el proceso, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes voluntarios también podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas de forma autónoma durante todo el proceso.

³⁵ DE PIÑOLA Y BALTA, Nicolás y LOAYZA TAMAYO, Carlos, *Los informes de amici curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, En: *Anuario de Derecho Interamericano*, No. XI, Pamplona: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1996, pp. 421 y ss.

³⁶ Tales informes se presentaron, por ejemplo, en los casos *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, *González Casar contra Honduras*, y en el caso *González Padilla contra Swazilandia*.

³⁷ *Ibidem*, p. 404.

la calidad de *amicus curiae*, fue en la OC-4/86 ("La expresión *lex* en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"), en la que participó en tal calidad el profesor argentino Raúl Emilio Vinuesa.

La admisión de la figura del *amicus curiae* por parte de la CIDH, como lo resaltan Abregó y Courtia, es un argumento a favor de la incorporación de este instituto en el derecho interno de los países que suscribieron la Convención. La razón es simple: resultaría absurdo prohibir que las instituciones se presenten en calidad de *amicus curiae* ante los tribunales locales, dándole a los Estados la posibilidad de remediar la lesión, y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la CIDH. Textualmente, dichos autores sostienen:

"Es coherente con la filosofía de protección internacional de los derechos humanos, permitir al Estado advertir, por ejemplo, la posible violación de una norma internacional que lo atañe antes de que dicha violación produzca responsabilidad internacional (...) parece razonable ofrecer a los grupos e instituciones involucrados en presentar opciones fundadas sobre la materia en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede interna que la que tienen en sede internacional, adelantando ante los tribunales argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte Interamericana".⁴²

V. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD PERUANO

Por último, luego de lo expresado hasta este punto, corresponde realizar un análisis crítico de la intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad peruano, a partir de la regulación existente y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que se ha pronunciado sobre esta materia.

Como sabemos, los únicos sujetos legitimados para iniciar un proceso de inconstitucionalidad en nuestro país, están señalados taxativamente en el artículo 203 de la Constitución de 1993⁴³, lo que aparece confirmado en el artículo 98 del Código Procesal Constitucional.⁴⁴

En ese sentido, más allá de las críticas a la amplitud de la legitimación activa en nuestro sistema⁴⁵, es claro que la demanda de inconstitucionalidad solo puede ser presentada por el Presidente de la República, el Fiscal de la Nación, el Defensor del Pueblo, el veintidós por ciento del número legal de congresistas, cinco mil ciudadanos, los presidentes regionales, los alcaldes provinciales, y los colegios profesionales en la materia de su competencia.

⁴² ABREGÓ, Martín y COURTIA, Christian, *Op. Cit.*, pp. 392-293.

⁴³ Constitución Política de 1993

"Artículo 203.- Son facultades para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República;

2. El Fiscal de la Nación;

3. El Defensor del Pueblo;

4. El veintidós por ciento del número legal de congresistas;

5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la súplica es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el diez por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que esa porción no exceda del número de firmas anteriormente señalado;

6. Los presidentes de región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Consejo, en materia de su competencia;

7. Los colegios profesionales, en materia de su competencia."

⁴⁴ Código Procesal Constitucional

⁴⁵ "Artículo 98.- Competencia y Legitimación.- La demanda de inconstitucionalidad se interpone ante el Tribunal Constitucional y solo puede ser interpuesta por los órganos y sujetos indicados en el artículo 203 de la Constitución." (El texto es nuestro).

⁴⁶ GARCÍA BELLAUD, Domingo, *Derecho procesal constitucional*, Regent, TBM, 2001, pp. 24-26.

A su vez, los sujetos que deben ser emplazados con la demanda de inconstitucionalidad, aparecen listados en el artículo 107 del mismo Código, debiendo advertirse que en todos los casos, se trata de los órganos que aprobaron o emitieron las normas que son objeto de control.⁴⁶

Ahora bien, no existe norma alguna en el Código Procesal Constitucional, que permita la intervención de sujetos distintos en el proceso de inconstitucionalidad, aunque tampoco encontramos una norma que lo prohíba, como ocurre en el caso brasileño.

Sin embargo, la intervención de estos terceros ha sido admitida por nuestro Tribunal Constitucional bajo diversas calidades, reconociendo la posibilidad de intervenir en un proceso de inconstitucionalidad en calidad de amicus curiae, como parácpies, e incluso dejando abierta la posibilidad de participación de "terceros con legítimo interés". Veamos cada uno de ellos.

1. La regulación del amicus curiae por el Tribunal Constitucional

A partir de la modificación introducida el 22 de abril de 2005⁴⁷, el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional dictado por el Pleno de este mismo órgano, incorporó una norma que permite la intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad en calidad de amicus curiae. Se trata del artículo 13-A, que dispone lo siguiente:

"Facultad especial"

Artículo 13-A.- El Pleno o los Solos pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requestar respuesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional, así como solicitar información del (los) amicus curiae (amici curiam), si fuere el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuado."

A partir de esta norma, nuestro Tribunal Constitucional ha venido admitiendo la presentación de informes de amicus curiae en los diversos procesos constitucionales a su cargo, sin limitarse únicamente al proceso de Inconstitucionalidad.⁴⁸

Cabe indicar que la definición y los alcances de esta institución no han sido objeto de mayor desarrollo en nuestra jurisprudencia. Es por ello que resulta lo señalado recientemente en la STC No. 3081-2007-PA/TC del 30 de enero del 2008, que pese a haber sido emitida en un proceso de amparo, nos brinda una pauta de la comprensión que tiene nuestro Tribunal al respecto. En ella, se define al amicus curiae de la siguiente manera:

"El amicus curiae (amigo de la Corte) se materializa con la participación de terceros ajenos al proceso a fin de ilustrar a los jueces sobre aspectos técnicos de alta especialización, que habrán de incidir de manera relevante a la hora de la decisión final".⁴⁹

⁴⁶ Artículo 107.- Titularidad.- El acto ad interitum concede a la parte demandada el plazo de treinta días para contestar la demanda. El Tribunal emplaza con la demanda:

1) Al Congreso o a la Comisión Permanente, en caso de que el Congreso no se encuentre en Sesión, si se trata de Leyes y Reglamento del Congreso.

2) Al Poder Ejecutivo, si la norma impugnada es un Decreto Legislativo o Decreto de Urgencia.

3) Al Congreso, o a la Comisión Permanente y al Poder Ejecutivo, si se trata de Tratados Internacionales.

4) A los órganos correspondientes si la norma impugnada es de carácter regional o municipal. [...]."

⁴⁷ Hechura Resolución Administrativa No. 034-2005-PTC del 22 de abril de 2005.

⁴⁸ Véase por ejemplo, la STC No. 3081-2007-PA/TC del 30 de enero del 2008, en que la intervención de amicus se produce al interior de un proceso de amparo.

⁴⁹ Fundamento Jurídico No. 06 de la sentencia.

Asimismo, el Tribunal justificó la presentación de estos informes en la búsqueda de una solución justa, cuando la protección de ciertos derechos requiere que el juzgador cuente con información especializada de tipo científico:

"El amicus curiae se justifica cuando se trata de la protección de ciertos derechos que por su propia naturaleza pueden ser objeto de distintos enfoques científicos, como son la salud mental, la integridad psíquica y física. De lo contrario, se corre el riesgo que en ciertos procesos de amparo se concluya con una decisión injusta, contraria al principio-derecho de la dignidad de la persona humana".²⁶

Sin perjuicio de ello, el Tribunal ha señalado que el artículo 13-A de su Reglamento Normativo no reconoce la posibilidad de intervención espontánea de los terceros interesados bajo la calidad de amicus, sino que únicamente faculta al Tribunal a solicitar esta clase de informes cuando lo considere necesario.

Así lo señaló en la STC 020-2005-AI y 021-2005, AI del 27 de septiembre de 2005 (acumuladas), en los siguientes términos:

"Tal como se aprecia del tenor de la disposición, el apersonamiento al proceso de personas o entidades en calidad de amicus curiae, se encuentra sujeto a la previa solicitud realizada por este Colegiado, lo que no ha sucedido en el presente caso. No obstante, considerando las tareas que el Constituyente ha reservado a la Defensoría del Pueblo (artículo 162 de la Constitución), este Colegiado entiende prudente atender las consideraciones planteadas por el referido órgano constitucional".²⁷

El caso bajo comentario nos parece interesante, debido a que en él se admite la intervención de la Defensoría del Pueblo como amicus curiae, pese a ser uno de los sujetos legitimados para iniciar el proceso de inconstitucionalidad. Asimismo, como veremos, apenas un mes después de la emisión de esta sentencia, se produce la creación jurisprudencial de la figura del partícipe, cuya definición comprendía perfectamente a la Defensoría en este caso.

Pese a esta declaración bastante restrictiva, existen múltiples casos en los que se ha admitido la intervención espontánea de terceros en calidad de amicus curiae, entre los que podemos mencionar el caso resuelto por la STC No. 07435-2006-PC (Caso Anticoncepción Oral de Emergencia), en el que intervinieron como amici no solo instancias estatales como los Ministerios de Salud y de Justicia, sino también la Defensoría del Pueblo, algunos colegios profesionales, agrupaciones religiosas y diversas organizaciones privadas, tanto nacionales como extranjeras.²⁸

Debemos citar también en esta línea, el caso resuelto por la STC No. 0017-2003-AI, referido a la impugnación de diversos artículos de la Ley que regulaba el papel de las Fuerzas Armadas durante los Estados de Excepción, donde se presentó el Instituto de Defensa Legal (IDL) en calidad de amicus curiae; así como la STC No. 0009-2007-PI, referida a la impugnación de la ley modificatoria de la Ley de Creación de la Agencia Peruana de Cooperación Internacional, en la que se presentaron los informes de diversas organizaciones internacionales vinculadas a la defensa de los Derechos Humanos.

De lo anterior se desprende que la concepción del amicus curiae que tiene nuestro Tribunal Constitucional se asemeja más a la de un perito, que a la de un colaborador

²⁶ Fundamento jurídico No. 07 de la sentencia.

²⁷ Fundamento jurídico No. 11 de la sentencia.

²⁸ Otros casos de intervención de amicus curiae en diversos procesos constitucionales: STC 3455-2003 HC del 11 de noviembre de 2003; STC No. 3225-2005-HC del 12 de septiembre de 2005; STC 3287-2005-HC del 17 de agosto de 2005; STC 3994-2005-HC del 28 de agosto de 2005.

oficioso, sin que exista un mayor desarrollo del concepto en su jurisprudencia, lo cual hubiese potenciado su utilización por los diversos actores de la sociedad.

Con todo, pese a la posición restrictiva que manifiesta en sus sentencias, nuestro Tribunal suele aceptar la presentación de tales informes, sin que exista hasta el momento ningún estudio que permita determinar la eficacia o la utilidad que revisten este tipo de aportes para los magistrados que lo integran.

2. La creación jurisprudencial de la figura del "participé"

Sin perjuicio de la intervención del *amicus curiae*, otra manera en que nuestro ordenamiento ha admitido la intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad, es mediante la figura del *participé*, la cual no está prevista ni desarrollada en norma alguna, sino que ha sido creada por nuestra jurisprudencia constitucional.

La primera vez que este tercero aparece mencionado en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, fue con ocasión de la **Resolución de Admisibilidad de fecha 28 de octubre de 2005**, emitida en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por los Colegios de Abogados de Arequipa y del Cono Norte de Lima, contra uno de los artículos de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura que establecía un beneficio en el puntaje en el concurso para nombramiento de jueces y fiscales, a quienes hubiesen completado ciertos cursos de preparación y formación jurídica (Expediente No. 025-2005-PI y 026-2005-PI, acumulados).

En dicha oportunidad, siguiendo la postura de Peter Häberle, el Tribunal Constitucional justificó expresamente la creación de este sujeto procesal, en la necesidad de realizar una interpretación pluralista de la Constitución, enriqueciéndola mediante la incorporación de diversos *participés* en el proceso de inconstitucionalidad. Textualmente, señaló:

"La Constitución debe ser interpretada desde una concepción pluralista, la cual debe proyectar sus consecuencias en el derecho procesal constitucional. Una consecuencia de ello es la apertura del proceso constitucional a la pluralidad de "participés" en la interpretación del texto supra.

La apertura del proceso constitucional a una pluralidad de intérpretes de la Constitución optimiza un enriquecimiento de los puntos de vista que el Tribunal Constitucional, en cuanto supremo intérprete de la Constitución, ha de considerar para examinar un proceso de inconstitucionalidad".²¹

Seguidamente, el Tribunal procedió a establecer quiénes podían actuar como tales *participés*, aclarando que esta categoría no amparaba la intervención de terceros con interés, sino sólo la de aquellos "sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional". Quedaba claro entonces, que sólo podrían ser *participés* los poderes y organismos públicos que gozaran de rango constitucional.

Un punto importante a resaltar acerca de esta primera resolución, fue que el Tribunal Constitucional no estaba resolviendo un pedido de intervención presentado por un tercero, sino que de oficio, dispuso que se notifique con la demanda de inconstitucionalidad al Consejo Nacional de la Magistratura y a la Academia de la Magistratura, otorgándoles el plazo legalmente establecido para que contestaran la demanda.²²

²¹ Fundamento jurídico No. 21 de la resolución.

²² La decisión de incorporar al Consejo Nacional de la Magistratura, tal como se explica en el Fundamento Jurídico No. 21 de la Resolución, obedeció a que este organismo constitucional tiene la función de efectuar el nombramiento de los magistrados, y

Luego de este primer episodio, el Tribunal Constitucional se refirió nuevamente a la figura del partícipe, al resolver diversas solicitudes de intervención presentadas por terceros, en el proceso de inconstitucionalidad seguido por el Gobierno Regional de Pasco contra el artículo 3 de la Ley No. 26458, que se tramitaba bajo el Expediente No. 033-2005-PI/TC.

En ese proceso, el Presidente Regional de Huánuco y el Alcalde Provincial de Lauricocha solicitaron que se les permita intervenir en calidad de litisconsortes necesarios, lo cual fue rechazado por el Tribunal, quien los incorporó en calidad de partícipes mediante Resolución de fecha 13 de febrero de 2006, precisando las facultades de esta clase de terceros, de la siguiente manera:

"[E]ste Tribunal considera que el Partícipe debe ser notificado de la demanda y de la contestación, pudiendo presentar informe escrito así como intervenir en la vista de la causa para sustentar el informe oral si es que así lo estimare por conveniente. Siendo la razón y propósito de su intervención enriquecer el proceso interpretativo en la controversia, es su intervención en la vista de la causa el momento estelar y trascendental de su actuación. Por esta razón, su intervención no debe ocasionar el entorpecimiento del procedimiento y de las actuaciones procesales ordenadas por el Tribunal Constitucional en su condición de director del proceso. En ese sentido, el plazo para la presentación de su informe escrito se determinará en atención a las circunstancias de cada caso, así, en función del carácter apremiante o no debido a la urgencia de la resolución de la controversia, plazo que no excederá en todo caso al que la ley establece para la contestación de la demanda".²¹ (Énfasis agregado).

Luego, por Resolución del 19 de abril de 2006 emitida dentro de ese mismo proceso, el Tribunal pretendió aclarar la naturaleza de esta nueva figura, al afirmar que "el partícipe es un sujeto procesal del proceso de inconstitucionalidad, pero no constituye parte".²² Seguidamente, refiriéndose a su anterior resolución, precisó las posibilidades de actuación del partícipe, en los siguientes términos:

"La intervención del partícipe se circunscribe así estrictamente a los actos señalados, no pudiendo plantear nulidades o excepciones, pretensiones que sólo pueden proponerlas quienes reúnan la condición de parte en el proceso de inconstitucionalidad, mas no quienes intervienen en condición de Partícipes".²³

En esa misma línea se pronunció en la Resolución del 31 de mayo de 2007, emitida en el proceso de inconstitucionalidad seguido bajo el Expediente No. 00007-2007-PI/TC, en el que se incorporó al Jurado Nacional de Elecciones en calidad de partícipe:

"[E]l intervención del Partícipe se circunscribe estrictamente a los actos señalados, no pudiendo solicitar abstenciones, plantear excepciones como la de falta de legitimidad para obrar activa, ni nulidades, pretensiones que sólo pueden proponerlas, en su momento, quienes reúnan la condición de Parte en el proceso de inconstitucionalidad, mas no quienes intervienen en la condición de partícipes".²⁴

Hasta este punto, quedaban claros los contornos de la figura del partícipe: ésta permitía la intervención de otros órganos constitucionales en el proceso de inconstitucionalidad, atendiendo

que la misma impugnada sea precisamente parte de su ley orgánica. En el caso de la Academia de la Magistratura, la decisión se justificó en que se trataba del órgano encargado de la formación y capacitación de jueces y fiscales, y de la emisión del curso que estaba siendo cuestionado en la demanda.

²¹ Fundamento jurídico No. 03 de la Resolución.

²² Fundamento jurídico No. 02 de la Resolución.

²³ Ídem.

²⁴ Fundamento jurídico No. 02 de la Resolución.

a las especiales funciones que les venían atribuidas por la Constitución. Sin embargo, esta línea jurisprudencial quedó quebrada luego de la emisión de la **Resolución de fecha 19 de septiembre de 2006**, emitida en el Expediente No. 00010-2006-AI, en la que se admitió la intervención del Colegio de Obstetras del Perú, en calidad de partícipe.

En tal caso, el citado colegio profesional era claramente un tercero que se vería afectado directamente con la decisión, ya que la norma cuestionada en el proceso de inconstitucionalidad, era precisamente la que disponía su creación. Pero, al no tratarse de un organismo constitucional ni cumplir una función calificada en la interpretación de la materia sometida a control, no se encontraba dentro de los alcances establecidos para la figura del partícipe, por lo que consideramos que el Tribunal no debió incorporarlo bajo esa calidad, desnaturalizando su propio concepto.

3. Una posibilidad aun no explorada: el tercero con legítimo interés

Finalmente, queremos llamar la atención acerca de una tercera posibilidad mencionada en nuestra jurisprudencia, que aún no hemos visto explorada en un caso concreto. Nos referimos a la figura del "tercero con legítimo interés", que aparece en el fundamento jurídico No. 24 de la Resolución de fecha 28 de octubre de 2005 (Expedientes No. 025-2005-PI y 026-2005-PI, acumulados), ya citada como partida de nacimiento de la figura del partícipe. En ella, nuestro Tribunal señaló lo siguiente:

"24. Que lo anterior no excluye que la figura del tercero contemplado en el Código Procesal Civil pueda aplicarse análogamente y, de tal forma, incorporarse en la condición de terceros a personas cuyos derechos subjetivos pudieran resultar de relevancia en la controversia constitucional. Para tal efecto, es de relevancia considerar la dimensión subjetiva del proceso de inconstitucionalidad. Según ello, en este proceso no es sólo la primacía de la Constitución lo que ha de garantizarse sino también los derechos constitucionales de los concretos colectivos de personas que tienen relación estrecha en la resolución de la controversia –la constitucionalidad o no de una determinada disposición impugnada–."

Como se puede apreciar, se considera la posibilidad de admitir la intervención de terceros en el proceso de inconstitucionalidad, por aplicación análoga de las figuras contempladas para ello en nuestro Código Procesal Civil (tercero coadyuvante y el tercero litisconsorcial) invocando como fundamento la necesidad de garantizar los derechos constitucionales de los colectivos que tienen una relación estrecha con la resolución de la controversia.

La inquietud por incorporar al proceso a aquellos sujetos que se verán directamente afectados por la decisión, parece ser una posibilidad latente al interior del Tribunal.

Ello se deduce del Voto Singular del magistrado Vergara Gotelli que aparece en la Resolución del 22 de mayo de 2007, emitida en el Expediente No. 007-2007-AI, que recoge esta inquietud, al constatar que la legitimidad pasiva en los procesos de inconstitucionalidad, no aparece prevista en el texto constitucional, sino en una norma de menor rango:

"Considero que al no estar expresamente establecido en la Constitución Política del Estado la determinación de la legitimidad para abitar pasiva es el caso del proceso constitucional del control concentrado para la exclusión de una ley y, aunque una norma menor como el Código Procesal Constitucional, en su artículo 107, prescribe que tratándose de la demanda de inconstitucionalidad de una ley debe entenderse como demandado al Congreso de la República, no debe desconocerse el interés y la consecuente capacidad para intervenir en el proceso como litisconsorite del ente u organismo directamente comprometido al tema

tratado en la ley que se cuestiona, v.g. el Jurado Nacional de Elecciones, en el que, de declararse fundada la demanda se vería directamente afectada por la decisión.²⁰

Será necesario esperar al desarrollo que esta figura pueda tener en futuros casos; sin embargo, consideramos inadecuada la utilización irreflexiva en el proceso de inconstitucionalidad, de categorías procesales diseñadas para el ámbito civil, ya que puede conducir a desnaturalizarlas, sobretudo si tenemos en cuenta que las categorías de *Amicus curiae* y de tercero que aparecen en nuestro Código Procesal Civil, responden a una tesis materialista del concepto de parte²¹, lo que no resulta aplicable al proceso de inconstitucionalidad, como hemos visto.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

A lo largo de estas líneas, hemos visto que la utilización de las categorías de parte y de tercero sí es posible en el ámbito del proceso de inconstitucionalidad, y que sin desconocer su carácter objetivo, es posible hallar una justificación para permitir la intervención de terceros en este tipo de procesos, en la medida que ello permite enriquecer el proceso interpretativo de la Constitución, a través del aporte de los sectores plurales de la sociedad.

A partir de tales constataciones, y del mayor desarrollo de estas posibilidades en la experiencia comparada, podemos advertir que el tratamiento otorgado a las figuras del *amicus curiae* y del tercero en general, por parte de nuestro Tribunal Constitucional, es aún escasa, inorgánica, y en algunos casos, contradictoria.

Con todo, creemos que es necesario abordar este tema con mayor profundidad en nuestra jurisprudencia constitucional, sin caer en el traslado irreflexivo de las categorías propias del proceso civil, para potenciar los beneficios de estas figuras que, como se desprende de la experiencia de otros países de nuestro entorno, enriquecen el debate judicial y contribuyen de una manera importante, a fortalecer la legitimidad democrática de nuestra jurisdicción constitucional.

²⁰ Esta tesis ha sido desarrollada en el trabajo "Intervención e intervención de terceros en el proceso". En: *Revista Constitucional*, No. 01, enero 2008, pp. 315-338.