

GACETA CONSTITUCIONAL

Jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces

DIRECTORES

Domingo García Belaunde
Víctor García Toma
Samuel B. Abad Yupanqui

TOMO 63 / MARZO 2013

Especiales

- INTERVENCIÓN Y LEGITIMIDAD EN EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LA TUTELA DE DERECHOS COLECTIVOS
- EL MINISTERIO PÚBLICO Y SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- LOS PRINCIPIOS TRIBUTARIOS DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ANÁLISIS Y ESTUDIOS POR ESPECIALIDADES

¿Prescripción o caducidad? Cómputo del plazo para interponer la demanda de amparo
Fundamentos constitucionales del arbitraje
Contenido jurídico del delito de función castrense en el Código Penal Militar Policial
La autonomía de la voluntad y la irrenunciabilidad de derechos sociolaborales
El derecho a huelga y la sustitución de trabajadores mediante el esquirolaje interno
La contestación tardía de la Administración y el derecho al plazo razonable
Identidad, filiación y ADN desde una perspectiva constitucional

DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Cuando la justicia exige prevaricar: análisis constitucional del delito de prevaricato
Constitución y Derecho Privado: conflictos *inter privatos* y el test de proporcionalidad

DOSSIER

Capacidad y legitimidad para comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

PRÁCTICA CONSTITUCIONAL

Levantamiento de cadáveres por policiales y militares, sin el fiscal: ¿gobierno tiránico?

GACETA
JURIDICA

Terceros legitimados: la calidad de partícipe de la Presidencia del Consejo de Ministros en el proceso de inconstitucionalidad

Carlos HAKANSSON NIETO*

En esta oportunidad y con base en autorizada doctrina y jurisprudencia relevante, el autor desarrolla la participación de los "terceros" en el proceso de inconstitucionalidad: el tercero coadyuvante, el amicus curiae y el partícipe; y considera que esta última figura es la más apropiada entre estas tres instituciones. A partir de lo explicado, y conforme a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en una de las providencias del caso Fonavi, sostiene que aquella es la vía adecuada para que la Presidencia del Consejo de Ministros pueda participar en el referido proceso orgánico, aportando una tesis interpretativa que coadyuve a la resolución de la controversia.

RESUMEN

INTRODUCCIÓN

El artículo analiza si la institución de la Presidencia del Consejo de Ministros pudo intervenir en la demanda de inconstitucionalidad (que fuera interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra la Ley N° 29625, Ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores contribuyentes)¹, publicada el 8 de diciembre de 2010, atendiendo al desarrollo que ha hecho el Tribunal Constitucional sobre la incorporación de un partícipe en un proceso de inconstitucionalidad. En ese sentido, en la doctrina del Derecho Procesal general y constitucional encontramos un total de tres

camino jurídicos para la participación de un tercero en un proceso constitucional. La figura del tercero coadyuvante, el *amicus curiae*, y la del partícipe. De las tres vías considero que la más apropiada es la del partícipe. Argumento mi postura luego de analizar las posibilidades reales de las tres instituciones con base en la doctrina y los antecedentes jurisprudenciales.

I. EL TERCERO COADYUVANTE

Es una institución del Derecho Procesal Civil y nuestro Código la contempla en el artículo 97 como la intervención coadyuvante; el Código establece que: "[q]uien tenga con una de

* Doctor en Derecho por la Universidad de Navarra. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Piura. Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo de la Comisión Europea.

¹ Véase la STC Exp. N° 00097-2012-PJ/TC.

las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, pueda intervenir en el proceso como coadyuvante de ella. Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido".

Si analizamos el artículo podemos observar lo siguiente:

- a) "Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial". Las funciones del Poder Ejecutivo y Legislativo, en el marco de la forma de gobierno presidencialista, guardan una relación de cooperación².
- b) "[A] la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida". Concretamente, la incidencia presupuestal que acarrearía al Estado si fuera declarada fundada la demanda de inconstitucionalidad.
- c) "Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia". El artículo establece que la intervención puede admitirse "incluso durante el trámite en segunda instancia", y la demanda de inconstitucionalidad es un proceso de puro Derecho en instancia única, con lo cual tampoco existiría ningún impedimento.
- d) "El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido". La invocación de la

intervención coadyuvante del Código Procesal Civil vendría a sustentarse sobre la base de que el Código Procesal Constitucional reconoce en artículo IX de su Título Preliminar que: "[e]n caso de vacío o defecto de la presente ley, serán de aplicación supletoria los códigos procesales afines a la materia discutida, siempre que no contradigan los fines de los procesos constitucionales y los ayuden a su mejor desarrollo".

Si bien la lectura y análisis del artículo 97 del Código Procesal Civil parece conveniente para lograr la participación en una demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 29625, la jurisprudencia del Máximo Intérprete de la Constitución no la ha acogido tan fácilmente con base en una polémica interpretación. En efecto, en la RTC Exp. N° 04245-2004-AA/TC³, que atiende el escrito presentado por la Compañía Distribuidora S.A. (Codisa) en el que se apersona como litisconsorte coadyuvante amparándose en el artículo IX del Código Procesal Constitucional y lo establecido por el artículo 97 del Código Procesal Civil, el Tribunal sostuvo que "la intervención coadyuvante y la intervención litisconsorcial pueden ser admitidas incluso durante el trámite en segunda instancia, mas no en sede constitucional", declarando no ha lugar lo solicitado.

La última frase "mas no en sede constitucional" fue añadida por el Tribunal, pues no figura expresamente en el texto del artículo 97, siendo producto de una dudosa interpretación, dado que no se puede distinguir donde la ley no distingue y, además, que se trata precisamente del Código Procesal Civil, fuente supletoria por excelencia y reconocida por el artículo IX del Título Preliminar del propio Código Procesal Constitucional.

² "Así, la dación de una ley por parte del Congreso que origine un nuevo gasto público y que no respete las mencionadas exigencias constitucionales, incurriría en una inconstitucionalidad tanto de forma como de fondo. Incurriría en una inconstitucionalidad de forma, dado que la ausencia de una coordinación previa con el Poder Ejecutivo, constituiría la omisión a un acto que, por imperio del artículo 79 de la Constitución, necesariamente debe formar parte del procedimiento legislativo que antecede a dicha ley, así expedida, será violatorio de la prohibición de que el Congreso tenga iniciativa en la generación de gasto público, salvo en lo que atañe a su propio presupuesto". Cfr. STC Exp. N° 00007-2012-PI/TC, f. j. 31.

³ Resolución del 4 de marzo de 2005.

Se trata, entonces, de una institución que, en la práctica, por sus antecedentes prudenciales, toda vez que se ha aceptado por el Tribunal la participación de la administración en sus procesos consti-

II. EL AMICUS CURIAE

Como sabemos, el *amicus curiae* o "amigo del Tribunal" es una institución cuyo origen se encuentra en el Derecho romano y que a partir de la Ley IX se incorpora en el Derecho del Estado, extendiéndose posteriormente a la *Common Law*. Se trata de una institución que colabora con la judicatura.

- a) Proporciona información que ayuda a la decisión.
- b) Facilita la participación en temas de su interés que no son de utilidad pública.
- c) Es un medio de participación de la ciudadanía.
- d) Fortalece las instituciones que mueven el debate de los procesos.
- e) Asegura el acceso a la justicia.
- f) Es un mecanismo de aportes del *amicus curiae* al expediente operativo de control al poder que impide el paso de la ley a la fuerza por miembros de las instituciones no gubernamentales.

El Código Procesal Civil creó la institución del *amicus curiae* en el propio Tribunal Constitucional.

⁴ Cfr. artículo 13.

Se trata, entonces, de una institución que, en la práctica y por sus antecedentes jurisprudenciales, todavía no parece haber sido plenamente aceptada por el Tribunal para la participación de terceros en la administración de justicia de sus procesos constitucionales.

II. EL AMICUS CURIAE

Como sabemos, el *amicus curiae* o "amigo del Tribunal" es una institución cuyo origen se encuentra en el Derecho romano y que a partir del siglo IX se incorpora en la práctica judicial del Reino Unido, extendiéndose a otros países de *Common Law*. Se trata de una institución que colabora con la judicatura de la siguiente manera:

- a) Proporciona información relevante en temas que atañen al interés público.
- b) Facilita la participación de los interesados en temas de su experiencia y que pueden ser de utilidad para el Tribunal.
- c) Es un medio de democracia participativa de la ciudadanía.
- d) Fortalece las instituciones dado que promueve el debate y transparencia de los procesos.
- e) Asegura el acceso a la administración de justicia.
- f) Es un mecanismo de control, pues los aportes del *amicus curiae* se adjuntan al expediente operando como un mecanismo de control al propio Tribunal, el cual estará impedido de pasar por alto opiniones que le fueron proporcionadas oportunamente por miembros de la comunidad, u organizaciones no gubernamentales de prestigio.

El Código Procesal Constitucional no recogió la institución del *amicus curiae*, lo hizo el propio Tribunal Constitucional a través de su

“ [P]ara que no se entienda que la Presidencia del Consejo de Ministros solicita participar por un interés personal o, irónicamente, el Tribunal considere que la institución a utilizar debe ser la del tercero coadyuvante, se debe argumentar en su solicitud el deseo de aportar un producto interpretativo que sea útil a la controversia. ”

reglamento normativo. Sin embargo, existen serias dudas respecto de la fuerza normativa de dicho reglamento, pues incorpora regulaciones que pensamos que debieron establecerse en la propia Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El Reglamento normativo del Tribunal Constitucional establece que: “[e]l Pleno o las Salas pueden solicitar los informes que estimen necesarios a los órganos de Gobierno y de la Administración y requerir res-

puesta oportuna de ellos, de acuerdo al artículo 119 del Código Procesal Constitucional; así como solicitar información del (los) *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, que permita esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”⁴.

De manera similar al caso anterior, si bien se trata de una institución que podría facilitar la participación de la Presidencia del Consejo de Ministros en el proceso de inconstitucionalidad consideramos que, en la práctica, su procedencia está muy vinculada cuando se trata de violación a los derechos humanos y, por tanto, las instituciones más próximas son los organismos no gubernamentales (ONG) o la Defensoría del Pueblo, pues, como sabemos, la Constitución peruana también le otorga competencia para la defensa de los derechos y libertades.

En efecto, el *amicus curiae* es comúnmente presentado por una ONG de defensa y promoción de los derechos humanos (*Human Rights Watch*, Amnistía Internacional, etc.), asociaciones no lucrativas de abogados, fundaciones o corporaciones sin fines de lucro. Como mencionamos, la Defensoría del Pueblo también puede emplear este camino procesal para la defensa de los derechos humanos y no siempre de contenido legal, sino histórico, económico,

⁴ Cfr. artículo 13.

sociológico, etc., pero, en todo caso, siempre debe tener alguna repercusión jurídica.

En el Derecho peruano, entre los *amicus curie* presentados en las instancias judiciales tenemos la Academia Peruana de Salud ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima a favor de la distribución gratuita de los anticonceptivos orales de emergencia⁵; el *amicus curiae* presentado por la Defensoría del Pueblo de Piura ante el Segundo Juzgado Civil de Piura a favor de una alumna separada de la escuela de suboficiales de la PNP por incumplimiento de obligaciones contractuales al haber quedado embarazada en contravención al numeral 5 de la cláusula segunda del contrato firmado entre la alumna y la Policía Nacional del Perú; y el *amicus curiae* presentado por la Comisión Internacional de Juristas ante el Tribunal Constitucional de la República del Perú relativo al proceso de inconstitucionalidad de la Ley N° 27692, que restringe el derecho de asociación, entre otros derechos⁶.

III. EL PARTÍCIPE

La institución del partícipe es de origen jurisprudencial. El Tribunal Constitucional reconoció esta figura en las resoluciones de admisibilidad de los Exp. N° 00025-2005-PI/TC y del Exp. N° 00026-2005-PI/TC. La naturaleza de esta institución fue fundamentada por el Tribunal con los siguientes argumentos que transcribimos:

- a) La finalidad del proceso de inconstitucionalidad.

"La concretización u optimización de la finalidad del proceso de inconstitucionalidad relativa a la primacía de la Constitución supone siempre un acto de interpretación de la Constitución. La singularidad de esta tarea debe proyectarse a la comprensión y configuración del proceso de inconstitucionalidad"⁷.

- b) La pluralidad de intérpretes de la Constitución.

"La Constitución debe ser interpretada desde una concepción pluralista⁸, 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 'participes'⁹".

- c) Se ayuda al Tribunal Constitucional a cumplir con su tarea de máximo intérprete.

"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"⁹.

- d) La especial cualificación de los intérpretes.

"El enriquecimiento del procedimiento de interpretación constitucional que ha de efectuar el Tribunal Constitucional, en cuanto Intérprete Supremo de la Constitución, se realiza en especial cuando se incorporan

5 Véase el Exp. N° 04426-05.

6 Véase la STC Exp. N° 00009-2007-PI/TC.

7 Cfr. fundamento jurídico 23.

8 "La Constitución debe ser comprendida como un marco de protección de la persona humana, por eso no cabe que pueda ser perjudicada por un erróneo ejercicio de la interpretación judicial. Los principios que informan y ayudan a los jueces a conocer e interpretar la Constitución al caso concreto han promovido además un desarrollo doctrinal nunca antes visto en el Derecho Constitucional. De esta manera, gracias a los tribunales constitucionales, la concepción de la Constitución viviente cobra ventaja en el siglo XXI sobre la de testamento para poder interpretar una Carta Magna de manera adecuada, que la sola aplicación de los tradicionales métodos de interpretación, como si la Constitución fuese equiparable a una ley. Los principios de unidad, concordancia práctica, función integradora, corrección funcional, fuerza normativa, *pro homine*, entre otros, se convierten en los instrumentos que permiten armonizar el sentido y alcance de las disposiciones constitucionales sin renunciar a su verdadero significado e impedir los 'contrabandos ideológicos' que no responden a la clásica teoría constitucional". HAKANSSON NIETO, Carlos. "Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una Aproximación". En: *Dikaion*, N° 18, Volumen 23, *Revista de Fundamentación Jurídica*, Universidad de la Sabana, diciembre de 2009, Bogotá, p. 68.

9 Cfr. el fundamento jurídico 23.

al proceso de inconstitucionalidad que, debido a las facultades conferidas a la instancia cualificadora en la interpretación constitucional de terceros con interés, de sujetos 'participes' en el proceso de inconstitucionalidad. La intervención en este proceso de defensa de derecho o interés, más bien, aporta un elemento en la controversia constitucional que lleva al procedimiento

Al final de los argumentos el Tribunal Constitucional confirma al Congreso, a la Magistratura y a la Academia de la Magistratura como sujetos 'participes' en la institución impugnada en la demanda de la Ley Orgánica de la Magistratura con lo cual es necesario que el proceso tanto el órgano como los magistrados como el proceso de formación.

CONCLUSIONES

De esta manera, luego de haber analizado las tres instituciones que conforman el *amicus curiae*, podemos concluir que en la institución de una parte participes en la segunda figura visible a los derechos humanos observamos el aporte de la parte que desea realizar en el proceso de inconstitucionalidad. Por eso, en este sentido considero que el pe

10 Cfr. STC Exp. N° 00025-2

11 "Lo expuesto no significa que se debe crear en primer lugar, no puede ser para crear ni aumentar para en lo atinente a su propia gestión pública. Ello es sistema de la función del Poder Ejecutivo".

12 "La necesidad de motivar las resoluciones del Tribunal Constitucional, especialmente si no se tomaran esas medidas que afectan la constitucionalidad. Ob. cit., pp. 71 y 72".

Aires, 1998.

al proceso de inconstitucionalidad sujetos que, debido a las funciones que la Constitución les ha conferido, detentan una especial cualificación en la materia objeto de interpretación constitucional. No se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos 'participes' en el proceso de inconstitucionalidad. La justificación de su intervención en este proceso no es la defensa de derecho o interés alguno, cuando más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo¹⁰.

Al final de los argumentos, el Tribunal Constitucional confirma al Consejo Nacional de la Magistratura y a la Academia Nacional de la Magistratura como sujetos procesales en la calidad de participes, dado que la disposición impugnada en la demanda constituye una norma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con lo cual es necesario que sean participes del proceso tanto el órgano que nombra a los magistrados como el que se encarga de su formación.

CONCLUSIONES

De esta manera, luego de conocer la naturaleza de las tres instituciones, el tercero coadyuvante, el *amicus curiae* y el partícipe, nos damos cuenta que en la primera destacamos la condición de una parte con interés particular; en la segunda figura vemos una parte sensible a los derechos humanos; y, en la tercera, observamos el aporte hermenéutico que una parte desea realizar en un proceso de inconstitucionalidad. Por eso, de las tres instituciones considero que el partícipe es el camino de

participación de la Presidencia del Consejo de Ministros por los siguientes fundamentos:

- a) El Tribunal incorpora la institución del partícipe para los procesos de inconstitucionalidad gracias a las resoluciones de los Exp. N° 00025-2005-PI/TC y Exp. N° 00026-2005-PI/TC.
- b) La Ley N° 29625 (Ley de devolución de dinero del Fonavi a los trabajadores contribuyentes) es una norma que implica materia presupuestaria, o de gasto, y que, por tanto, debería opinar el Poder Ejecutivo¹¹. El fundamento 23 de la resolución que dio origen a la institución del partícipe nos dice que "[n]o se trata, así, de terceros con interés, sino, por así decirlo, de sujetos 'participes' en el proceso de inconstitucionalidad".

La justificación de su intervención en un proceso no es la defensa de derechos o interés alguno, sino más bien, aportar una tesis interpretativa en la controversia constitucional que contribuya al procedimiento interpretativo. Por eso, para que no se entienda que la Presidencia del Consejo de Ministros solicita participar por un interés personal o, irónicamente, el Tribunal considere que la institución a utilizar debe ser la del tercero coadyuvante (que no suele admitir), se debe argumentar en su solicitud el deseo de aportar un producto interpretativo que sea útil a la controversia entre las partes, con base en que, por un lado, la norma en cuestión tiene una incidencia presupuestal y, por otro, le compete intervenir como partícipe al Poder Ejecutivo, con la finalidad de colaborar en el proceso, recordando que las resoluciones judiciales siempre deberán ser previsoras de sus efectos inmediatos¹².

¹⁰ Cfr. STC Exp. N° 00025-2005-PI/TC, f. j. 23.

¹¹ "Lo expuesto no significa que toda ley que sea fuente de obligación de gasto para el Estado resulte per se constitucional. En primer lugar, no puede desatenderse que el artículo 79 de la Constitución, establece que [e]l Congreso no tiene iniciativa para crear ni aumentar gastos públicos, salvo en lo que se refiere a su presupuesto. Ello significa que el Parlamento, salvo en lo atinente a su propio presupuesto, no tiene competencia para, *ex novo*, crear fuentes que originen gasto para la hacienda pública. Ello es sistemáticamente coherente con el artículo 118, inciso 17, de la Constitución que dispone que es competencia del Poder Ejecutivo, 'administrar la hacienda pública'". Cfr. STC Exp. N° 00007-2012-PI/TC, f. j. 30.

¹² "La necesidad de motivar la dación de una sentencia interpretativa se convierte en uno de los criterios establecido por el Tribunal Constitucional, especificando el escenario que justificaría su redacción y la prudencia para evitar un efecto perjudicial si no se tomaran esas providencias. Es decir, la naturaleza previsoras de una resolución judicial que evite consecuencias jurídicas que afecten la constitucionalidad del sistema democrático y el Estado de Derecho". Cfr. HAKANSSON NIETO, Carlos. Ob. cit., pp. 71 y 72; véase, además, SAGÜÉS, Néstor. *La interpretación judicial de la Constitución*. Depalma, Buenos Aires, 1998.