



Cuestiones Constitucionales

ISSN: 1405-9193

rmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México

México

Bazán, Víctor

El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino

Cuestiones Constitucionales, núm. 12, enero-junio, 2005, pp. 29-71

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501202>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en [redalyc.org](http://redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL *AMICUS CURIAE* EN CLAVE DE DERECHO  
COMPARADO Y SU RECIENTE IMPULSO EN EL DERECHO  
ARGENTINO

Víctor BAZÁN\*

**RESUMEN:** En el presente trabajo se aborda la figura del *amicus curiae* desde la perspectiva del derecho comparado, con particular referencia al derecho argentino, ámbito este último en donde sin una ley que lo institucionalice genéricamente, ha procedido a habilitar y reglamentar la intervención de “Amigos del Tribunal” en las causas sometidas a su conocimiento. El autor recorre las líneas básicas del instituto, las transformaciones que sufriera desde su conformación primigenia hasta la actualidad, y las perspectivas y potencialidades funcionales que brinda, tanto en el derecho interno estatal cuanto en la dimensión propia de las instancias internacionales, con la finalidad de coadyuvar al resguardo del debido proceso y a transparentar y democratizar el debate jurisdiccional en torno de cuestiones complejas o de interés social donde la sentencia por dictar tenga efectos expansivos, es decir, se proyecte más allá del caso concreto y adquiera una fuerte trascendencia colectiva.

*ABSTRACT:* In the present work the figure of *amicus curiae* is approached from a perspective of comparative law, with particular reference to the Argentine law where without an Act that institutionalizes it generically, it has come to qualify and to regulate the intervention of “Friends of the Court” in the causes submitted to its jurisdiction. The author crosses basic lines of this institution, transformations from its early conformation to the present time and the perspective and potentialities that offer in internal law as well as in international instances, in order to help the defense of due process and to transparent and to democratize jurisdictional debate around complex questions or with social interest where the sentence to be dictated has expansive effects, that is to say, it projects beyond the real case and acquires a strong collective importance.

\* Profesor de derecho constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina. Miembro e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

### I. INTRODUCCIÓN Y PLAN DEL TRABAJO

En el presente trabajo nos proponemos aportar algunas reflexiones generales sobre el *amicus curiae* en el derecho comparado, ponderar su eventual incidencia o utilidad en pro de elevar la cotización cualitativa del debate judicial y discurrir sobre la indispensabilidad o no de *interpositio legislatoris* para su admisión procesal.

En el marco de la investigación que nos fijáramos, entre otros puntos, abordaremos sucesivamente: una referencia a la génesis de la figura, a su trasvasamiento al derecho inglés<sup>1</sup> y su posterior canalización hacia otros ámbitos geográficos donde impera el *Common Law*;<sup>2</sup> una delineación de las líneas básicas del instituto, la metamorfosis que sufriera desde su configuración primigenia hasta la actualidad y las interesantes perspectivas y potencialidades funcionales que brinda, tanto en el derecho doméstico cuanto para la dimensión propia de las instancias iusinternacionales; un recorrido por algunos eslabones jurisprudenciales que se han verificado en torno del *amicus curiae* y la reciente institucionalización de su intervención en causas radicadas ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, también CSJN); y, por último, y antes de dar paso a ciertas apreciaciones que clausurarán el trabajo, nos entregaremos a enunciar y a adelantar alguna opinión en torno a determinadas cuestiones de interés vinculadas con la problemática en análisis y su eventual despliegue prospectivo.

Ya como última advertencia, desde el punto de vista terminológico, aclaramos que en este trabajo utilizaremos con idéntico alcance semántico las expresiones “*amicus-amici curiae*”, “amigo(s) del tribunal” y “asistente(s) oficioso(s)”.

<sup>1</sup> Morineau señala que el derecho inglés sentó las bases del *Common Law*. Añade que precisamente las dos grandes ramas que configuran a aquél son el *Common Law* y la *Equity*, jurisdicciones paralelas que, con el paso del tiempo, terminaron fusionándose. Morineau, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 9. Asimismo, puntualiza que ambos son sistemas jurisprudenciales; el primero, originado en los tribunales reales y, la segunda, en el Tribunal de la Cancillería. *Ibidem*, p. 18.

<sup>2</sup> Se ha indicado que, en la actualidad, casi un tercio de la población mundial habita en regiones cuyo derecho ha tenido influencia del *Common Law*, ya que la expansión colonial de Gran Bretaña se encargó de extenderlo a Estados Unidos de América, la India, Australia, Nueva Zelanda, y a grandes sectores de África y del sudeste asiático. *Cfr.* Zweigert, Konrad y Kötz, Heinz, *An Introduction to Comparative Law*, 2a. ed., Oxford University Press, 1992, p. 227; citado por Morineau, Marta, *op.cit.*, nota anterior, pp. 46 y 47.

## II. EL *AMICUS CURIAE* EN EL DERECHO COMPARADO ESTATAL E INTERNACIONAL

### 1. *Origen, consolidación y propagación hacia los sistemas legales que adscriben al Common Law*

No es nuestra intención abundar en consideraciones acerca de la génesis de la institución, sobria y claramente expuesta por Cueto Rúa.<sup>3</sup> Sólo recordaremos que los primeros antecedentes de aquélla pueden ubicarse en el derecho romano y luego en el derecho inglés, siendo la figura posteriormente receptada y desarrollada en el escenario jurídico estadounidense y en otros países de habla (o influencia) inglesa. Por ejemplo, y en referencia a estos últimos, pueden verificarse en la *Rule 18* de la Suprema Corte de Canadá; la orden IV, parágrafo I, de las Reglas de la Suprema Corte de India; la *Rule 81* de la *High Court* de Nueva Zelanda y, en Australia, el precedente *Lange v. ABC* [S 108/116].<sup>4</sup>

Para brindar algún ejemplo de su empleo reciente en el Reino Unido, entre numerosos casos podría citarse el caso *Jodie and Mary*, fallado el 22 de septiembre de 2000 por una Corte de Apelaciones en Gran Bretaña<sup>5</sup> aplicando —según refiere Hooft— la metodología de la “ponderación” —sobre la que retornaremos—, que en cada situación particular y concreta, sopesa valores, derechos y deberes en conflicto.<sup>6</sup> Como recuerda el citado autor, se trataba de un caso particularmente complejo con múltiples interrogantes éticos en el que dos gemelas “siamesas”, que compartían órganos vitales, carecían virtualmente de posibilidades de vida aceptables, salvo que se intentase, mediante una intervención médica, la separación; intervención que, al tiempo de ofrecer expectativas ra-

<sup>3</sup> Cfr. Cueto Rúa, Julio C., “Acerca del *amicus curiae*”, *La Ley*, Buenos Aires, 1988-D, p. 721. Como comentario al margen, sería injusto no reconocer que el citado trabajo del doctor Cueto Rúa constituye un aporte pionero, visionario y útil al estudio de la institución en el marco doctrinario argentino.

<sup>4</sup> Cfr. Umbricht, Georg C., “An *Amicus Curiae* Brief on *Amicus Curiae* Briefs at the WTO”, *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2001, p. 780 (nota 32).

<sup>5</sup> Court of Appeal re A (Children), Ward, Brooke y Walker, Judgement delivered 22 September 2000, *Bulletin of Medical Ethics*, núm. 161, septiembre de 2000, pp. 17 y ss., citado por Hooft, Pedro Federico, “Anencefalia e interrupción del embarazo: una visión integradora a la luz de la bioética y los derechos humanos”, en Bazán, Víctor (coord.), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 328.

<sup>6</sup> Hooft, Pedro Federico, *op. cit.*, nota anterior.

zonables de vida a una de ellas (Jodie), tendría como consecuencia *cuasi* necesaria la muerte de su gemela (Mary). En definitiva, el tribunal —reconociendo que se trataba de uno de los casos más difíciles de los que les tocara resolver— basándose en el reconocimiento del valor intrínseco de toda vida humana —en el caso, de ambas gemelas— y en razón de todas las connotaciones médicas del mismo (imposibilidad de que ambas continúaran viviendo, expectativa razonable de vida para Jodie en caso de efectuarse la intervención médica, situación desventajosa en que se encontraba Mary, el estado de necesidad implícito en toda la problemática, la invocación del principio de doble efecto, y la debida ponderación del único valor y derecho con posibilidad de ser salvado, en el caso, la vida de sólo una de ellas), decidió conceder la autorización al equipo médico para llevar adelante la mencionada intervención quirúrgica de separación, no obstante la opinión contraria expresada por los padres.<sup>7</sup>

Por su parte, en Estados Unidos de América los *amici curiae* también han tenido protagonismo<sup>8</sup> en sonados casos de la Corte Suprema de aquel país, como los relativos a materia antidiscriminatoria (por ejemplo, *Regents of the University of California v. Bakke* —438 U. S. 265 [1978]—); la disputa aborto-antiaborto (*Webster v. Reproductive Health Services* —492 U. S. 490 [1989]—); y la eutanasia —*mercy killing*— (por ejemplo, en oportunidad de la discusión sobre la constitucionalidad de las leyes de los Estados de Washington y Nueva York que prohibían a los médicos ayudar a morir a los pacientes que así lo solicitaban).<sup>9</sup>

Vinculado con ello, Böhmer precisa que los casos que la Corte Suprema estadounidense selecciona para decidir son paradigmáticos de alguna situación determinada y sientan jurisprudencia sobre el tema para el futuro, agregando que la importancia de tales causas se hace evidente a partir

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> A modo de curiosidad, se ha relatado que el récord de presentaciones en un caso se dio en *Sony Corporation of America v. Universal City Studios*, donde 140 *amici curiae* fueron ingresados en la “fascinante lucha” que involucraba el derecho de los ciudadanos estadounidenses a copiar programas de televisión en sus hogares por medio de grabadoras de *videotape*, tales como aquellas fabricadas por Betamax. *Cfr.* Abraham, Henry J., *The Judicial Process*, Oxford University Press, 1993, p. 239.

<sup>9</sup> Que incluyó la presentación de un *amicus curiae* por parte de seis filósofos morales y políticos de indiscutidos predicamento científico y estatura intelectual: Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Robert Nozick, John Rawls, Thomas Scanlon y Judith Jarvis Thomson.

de la gran cantidad de capital social acumulado previamente a la decisión del tribunal.<sup>10</sup>

Ciertamente, se trata de una práctica muy extendida en el derecho estadounidense. De hecho, en las Reglas (*Rules*) del Alto Tribunal (de 11 de enero de 1999), se hace referencia a los *amicus curiae* en diversos pasajes: Reglas 21.2. 'b', 21.4, 28.7, 29.6, 44.4 y, fundamental y específicamente, en la núm. 37, la que con claridad deja al descubierto cuál es el criterio imperante a la hora de valorar la calidad de las presentaciones que en tal carácter se le formulen, al disponer (en su punto 1) que un *brief* de un *amicus curiae* que destaca a la corte una *questión relevante que las partes aún no le han señalado*, puede brindarle una ayuda considerable (cursivas mías); contrariamente, un *brief* que no persigue este propósito dificulta la tarea de la corte y su presentación es vista con desfavor.

En línea con lo anterior, y siempre en el contexto jurídico estadounidense, Sola ha precisado que dentro del modelo dialógico de creación de precedentes, el *amicus curiae* permite la ampliación de participantes en el debate. Así, mientras mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático de que las normas son autoimpuestas, y de allí, obligatorias y legítimas.<sup>11</sup>

Para finalizar esta breve referencia, colacionamos una reflexión del autor citado en último término, quien a lo expuesto agrega que tales memoriales se presentan tanto en el momento en que se analiza la apertura del recurso (*writ of certiorari*) como en el de considerar los méritos de la causa, señalando —además— que se ha verificado una relación positiva entre la cantidad de memoriales articulados en apoyo de la apertura del recurso y la concesión por la Corte Suprema.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Böhmer, Martín, “Introducción a los *Amici Curiae*”, *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, Buenos Aires, FLACSO-Universidad de Buenos Aires, núm. 4, segundo semestre de 1997, núm. monográfico: ‘Problemas al final de la vida: Definición de muerte. Eutanasia. Muerte asistida’, pp. 101 y 102.

<sup>11</sup> Sola, Juan V., “El recurso extraordinario y el debate constitucional”, en Sagüés, Néstor P. (coord.), *Lexis Nexis-Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 26 de marzo de 2003, Número especial: Recurso extraordinario federal, p. 95.

<sup>12</sup> *Idem*.

## *2. Utilización en las instancias iusinternacionales*

Análogamente, ha recibido importante acogida y utilización en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y otras instancias internacionales. Veamos.

### *A. En la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Se ha empleado en diversos casos contenciosos y en la totalidad de las opiniones consultivas que emitiera. Concretamente, el sustento normativo de tales presentaciones radica —actualmente— en la interacción de los artículos 62.3 y 44.3 del Reglamento de la Corte.<sup>13</sup>

### *B. En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Cabe fundamentalmente tener en consideración el artículo 36 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1o. del Protocolo núm. 11,<sup>14</sup> relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el convenio. Dicha norma pauta la “intervención de terceros” ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y específicamente en el apartado 2 establece que, en interés de la buena administración de justicia, el presidente del tribunal podrá invitar a cualquier alta parte contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que formule observaciones por escrito o a participar en la vista.

### *C. En el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia<sup>15</sup>*

Para llamar la atención sobre algunos usos a los que en distintos contextos se destina la figura, viene a cuento resaltar que en un interesante caso vinculado con la problemática, la Sala IIIa. de Primera Instancia

<sup>13</sup> Nos referimos al actual reglamento del tribunal que, con las últimas modificaciones realizadas a su texto, entrará en vigor el 1o. de junio de 2001 (*cfr.* Resolución del 24 de noviembre de 2000). El aludido reglamento fue aprobado por la corte en su XLIX periodo ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

<sup>14</sup> Protocolo que entrará en vigor en noviembre de 1998.

<sup>15</sup> *Cfr.* norma 74 de las Reglas de Procedimiento.

concluyó que el derecho internacional consuetudinario estipula que el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) tiene el derecho absoluto a no revelar información relativa a su trabajo.

En otras palabras, en la importante decisión tomada el 27 de julio de 1999, determinó que el CICR no se encuentra obligado a rendir declaraciones ante el tribunal. Así, y no obstante que la Fiscalía admitía las preocupaciones del CICR por la confidencialidad de su trabajo, no aceptaba que, como cuestión de derecho, no le fuera posible a aquél revelar la información en su poder, por lo que propuso —en orden a que el CICR presentara sus puntos de vista—, se le otorgara una autorización para comparecer como *amicus curiae*, de acuerdo con la mencionada norma 74 de las Reglas de Procedimiento, lo que supone una importante decisión para la continuidad de las sustanciales labores del CICR en el marco del derecho internacional humanitario, además de que la pauta de confidencialidad (como lo trasunta la decisión) constituye la marca distintiva del comité, cuya preservación beneficia a la comunidad internacional toda.<sup>16</sup>

#### D. *En los paneles y el cuerpo de apelación de la Organización Mundial del Comercio*

Luego de un análisis que le tomó cerca de cuatro años para definir cómo manejar en general los escritos de *amicus curiae*, la práctica actual de dicho cuerpo indica que ha convalidado presentaciones de éstos no sólo ante los paneles sino también ante sí, circunstancia, esta última, que ha generado alguna polémica.

En tren de identificar algunas causas relevantes, valga evocar que en el caso United Status-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (de 6 de noviembre de 1998) produjo una interpretación amplia del artículo 13 del DSU (Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes —Acuerdo sobre Reglas y Procedimientos que regulan la solución de controversias—) habilitando a los paneles a considerar escritos de *amicus curiae*.<sup>17</sup> Ya en el nivel apelatorio, en United Status-Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United

<sup>16</sup> Véase caso El Fiscal c. Simic.

<sup>17</sup> Umbrecht, Georg C., *op. cit.*, nota 4, p. 775.

Kingdom (7 de junio de 2000), el Cuerpo de Apelación argumentó que, a la luz del artículo 17.9 del DSU, él mismo recepta extensivamente autoridad para adoptar reglas de procedimiento que no entren en conflicto —*inter alia*— con el DSU; asimismo, determinó que ostentaba autoridad legal para aceptar y considerar información no solicitada, en la medida en que el aporte del actor no estatal fuera pertinente y útil.<sup>18</sup>

### 3. *Sumaria recapitulación*

Las precedentes referencias al derecho comparado estatal y a diversas instancias iusinternacionales no han perseguido plasmar una mera yuxtaposición de datos, sino acercar breves apuntes ilustrativos sobre el nacimiento, el desarrollo y el funcionamiento de la figura en ámbitos jurídicos foráneos y, específicamente, en algunos campos *sensibles* de la discusión jurisdiccional, para usufructuar tales experiencias en orden a verificar la potencial viabilidad de transferir aquella institución a nuestro propio derecho, aplicando de ella lo aplicable, es decir, y más allá de la tautología, lo que pueda resultar adecuado a nuestra idiosincrasia jurídica y compatible con ella, evitando implantes artificiales e indiscriminados.

## III. PRESENTACIÓN DE LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE LA FIGURA EN ANÁLISIS

Como punto de partida para los comentarios e interrogantes que se desarrollarán en tramos más avanzados de este trabajo, en el presente sector sólo nos limitaremos a suministrar algunas sencillas referencias conceptuales y pautas básicas para delinear someramente los perfiles del instituto y adelantar la identificación de ciertos ámbitos en los que su empleo podría deparar márgenes considerables de utilidad. Veamos:

### 1. *Perfil primigenio y mutación contemporánea*

Si bien en un principio la participación del “amigo del tribunal” estaba enderezada principalmente a ayudarlo neutralmente y proporcionarle información en torno de cuestiones esencialmente jurídicas respecto de las

<sup>18</sup> *Idem.*

que aquél pudiere albergar dudas o estar equivocado en el criterio asumido hasta entonces sobre el particular, acercándole fallos jurisprudenciales o antecedentes doctrinarios útiles para dirimir casos con cierto grado de complejidad, actualmente ha abandonado su carácter otrora imparcial, para convertirse en una suerte de interviniente interesado y comprometido, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia.<sup>19</sup>

Como con realismo afirma Cueto Rúa, en la actualidad no se le pide neutralidad; sí se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso y su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, *aun a sabiendas de que el ‘amicus’ es el ‘amicus’ del actor o el demandado*<sup>20</sup> —las cursivas son mías—.

Avanzando en nuestra reflexión, cabe destacar que el asistente oficial no reviste calidad de parte ni mediatisa, desplaza o reemplaza a éstas; debe ostentar un interés justificado en la decisión que pondrá fin al pleito en el que se presenta, interés que debe exceder el de los directamente afectados por la resolución concreta; su actuación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal; el informe no constituye una pericia; se trata de un interviniente interesado y comprometido, es decir, que más que amigo del tribunal es amigo de la causa. Al respecto, y con relación al derecho estadounidense, se ha señalado: “Long gone is the original concept of the *amicus curiae* —namely, that it ‘acts for no one, but simply seeks to give information to the Court’—. The device of the brief *amicus curiae*, that is, ‘friend of the court’, which may well be a misnomer in some situations, ‘friend of the *cause*’ being far more accurate...” —las cursivas son mías—.<sup>21</sup>

En suma, es un tercero ajeno a la disputa judicial pero que ostenta un justificado interés en el modo como el litigio se resolverá en definitiva.

Desde otro ángulo, y como lo evidencia la incipiente *praxis* jurisprudencial nacional, los escritos pueden ser presentados no solamente por particulares (personas individuales, grupos de individuos, ONG, etcéte-

<sup>19</sup> Como gráficamente ha afirmado Krislov, “what was once a gesture of friendship has become a deliberate act of advocacy”. “The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy”, *Yale Law Journal*, t. 72, 1963, p. 694.

<sup>20</sup> Cueto Rúa, Julio C., *op. cit.*, nota 3, p. 723.

<sup>21</sup> Abraham, Henry J., *op. cit.*, nota 8, p. 236.

ra), sino también por órganos del Estado,<sup>22</sup> por ejemplo, en el caso argentino, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con el artículo 7 de la ley 24.488;<sup>23</sup> el procurador penitenciario,<sup>24</sup> por ejemplo, como lo hiciera ante la Cámara Nacional Electoral en la causa Mignone, dirigida en definitiva por la CSJN el 9 de abril de 2002 (sobre la que también volveremos).<sup>25</sup>

## 2. Particular relevancia en la resolución de cuestiones dilemáticas

Como pudimos apreciar en la reseña anterior sobre determinados casos de los derechos inglés y estadounidense (subapartado II.1), los *amici curiae* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resolución de cuestiones controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole, por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad públicas, en las que la decisión por recaer sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes. Es decir, asuntos en los que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas; en otras palabras, temáticas que excedan el mero interés de las partes, por ejemplo: las personas ‘desaparecidas’ en la última dictadura militar argentina (1976-1983) y las flagrantes violaciones a los derechos humanos cometidas en aquella época; conectado con ello, la virtualidad jurídico-constitucional de las le-

<sup>22</sup> En el ámbito jurídico estadounidense, es moneda corriente que los *amici curiae* sean presentados (además de, por ejemplo, activas organizaciones civiles y otros grupos de presión —ACLU, NAACP, AFL-CIO, NAM, American Bar Association—) por el propio gobierno federal, a través del *Solicitor General*. Sobre el punto, véase por ejemplo, Stumpf, Harry P., *American Judicial Politics*, Prentice Hall, 1998, pp. 401 y 402.

<sup>23</sup> Véase referencia al mismo *infra* nota 51.

<sup>24</sup> Por medio del decreto 1.598/93 (sancionado el 29-07-93 y publicado el 03-08-93), tal funcionario fue creado en jurisdicción del Poder Ejecutivo nacional, cargo extra escalafonario con rango y jerarquía de subsecretario, para ejercer sus funciones en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, al que —*cfr.* el artículo 9º. del señalado decreto— informará periódicamente de lo actuado, debiendo hacer lo propio, anualmente y por intermedio del Poder Ejecutivo, al Congreso de la Nación —*idem*—. Como tendremos ocasión de apreciar, tal decreto ha sido derogado por el artículo 30 de la ley 25.875, al que más adelante aludiremos.

<sup>25</sup> Para mayores referencias sobre tal precedente, véase *infra*, subap. IV.2.d.

yes 23.492 de 1986 (de “punto final”)<sup>26</sup> y 23.521 de 1987 (de “obediente debida”);<sup>27</sup> autorización para proceder a la interrupción del embarazo por anencefalia; problemáticas del aborto, la eutanasia, etcétera.

Precisamente, los *amici* constituyen el instrumento por el cual los *otros interesados* (esto es, aquellos que no son parte o no firman los escritos principales) acceden a la justicia para hacer oír su voz y sus argumentos.<sup>28</sup>

Empleando analógica y figurativamente la categorización dworkiniana,<sup>29</sup> podrían resultar útiles recursos para operar en los *casos difíciles*, es decir, aquellos en los que —*inter alia*— no exista certeza, sea porque converjan varias normas que determinan sentencias distintas (en tanto tales previsiones normativas son contradictorias), sea porque no exista norma exactamente aplicable.

### 3. *Nuevos elementos que justifican su utilización en el derecho argentino*

Ciertamente, el instituto en cuestión puede receptar un valor adicional en el ámbito jurídico interno argentino; conclusión que surge a poco de reparar en ciertos rasgos que tipifican a este último, tales como el alto

<sup>26</sup> La ley 23.492, conocida como de “Punto Final”, estableció en su artículo 1o. que: “Se extinguirá la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la ley 23.049, que no estuviere prófugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley”.

<sup>27</sup> La ley 23.521, llamada de “Obediencia Debida”, determinó en su artículo 1o.: “Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida... La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes... En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de órdenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”.

<sup>28</sup> Böhmer, Martín, *op. cit.*, nota 10, pp. 101 y 102.

<sup>29</sup> Véase Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, 4a. reimpr., trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, España, 1999, pp. 146-208; así como Calsamiglia, Albert, “Ensayo sobre Dworkin”; véase, concretamente, p. 13.

grado de desarrollo adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia *vis-à-vis* el derecho doméstico y la fuerza que cobran los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectores en las instancias internacionales (por ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la comisión) y jurisprudencia (en el de la corte) deberían adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en el escenario judicial local, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 75, inciso 22,<sup>30</sup> de la Constitución Nacional (nueva clave de bóveda para una interpretación *aggiornata* de la Ley Fundamental) y por la propia jurisprudencia de la CSJN (por ejemplo, *in re* “Gioldi”<sup>31</sup> y “Bramado”<sup>32</sup>).<sup>33</sup>

<sup>30</sup> La lista primigenia plasmada en el artículo 75, inciso 22, párr. 2o., incluye a los siguientes instrumentos internacionales como recipientes de *jerarquía constitucional*: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. A tal registro originario (que en total suma once documentos) posteriormente se han añadido, con idéntica alcurnia constitucional, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la ley 24.820, *BO* de 29 de mayo de 1997) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (instrumento al que se le ha conferido esta validez mediante la ley 25.778, publicada el 3 de setiembre de 2003).

<sup>31</sup> Fallo de 7 de abril de 1995. Cotejar su texto, por ejemplo, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1995, t. III, pp. 570-573.

<sup>32</sup> Sentencia de 12 de setiembre de 1996. Véase texto de la misma, por ejemplo, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1996, t. IV, pp. 439 y ss.

<sup>33</sup> Sin perjuicio de cuanto afirmamos en el texto, cabe reconocer que, respecto de la cotización jurídica de los informes y las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la Corte Suprema argentina ha descrito una trayectoria jurisprudencial *ondulante*. En efecto, siguiendo los lineamientos sentados en causa Gioldi, resolvió la causa Bramajo, adjudicando en esta última la calidad de *guía para la interpretación de los preceptos convencionales a la opinión de la Comisión Interamericana* en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de ésta para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 8o. del voto de la mayoría), aunque luego pareciera haber plasmado un repliegue de la amplia posición primigenia cuando en la causa Acosta, Claudia B. (fallo del 22 de diciembre de 1998; véase *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1999, t. II, pp. 346 y ss.) aclaró que si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el

En un escenario con características de tal magnitud, al *amicus* puede cumplir un papel relevante al proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia, por ejemplo, por parte de los aludidos órganos del sistema protectorio interamericano, espectro en el que no cabe soslayar que los instrumentos internacionales recipiendarios de jerarquía constitucional por conducto de la reforma de 1994 (y los que se añadan en el futuro), valen tanto como la propia ley fundamental y representan, al igual que el texto y el espíritu de ésta, parámetros para el contralor de constitucionalidad de la normativa legal e infralegal.

#### IV. RESEÑA DE ALGUNOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES ARGENTINOS EN LOS QUE SE HA ADMITIDO LA PARTICIPACIÓN DE *AMICI CURIAE*

##### 1. *Pórtico*

Naturalmente, sin ánimo alguno de exhaustividad, emprenderemos un rápido recorrido enunciativo de algunos precedentes de diversos órganos judiciales federales y de la Cámara Nacional Electoral (dictados entre 1995 y 2001) en los que se aceptó la participación de *amici curiae*.<sup>34</sup>

Todos los casos estuvieron recorridos por una suerte de médula vivificante común, puesto que, de una u otra manera, en ellos estaba en juego la interpretación y la aplicación de normas del derecho internacional de los derechos humanos; la ponderación de determinadas aristas conecta-

cumplimiento de sus compromisos internacionales, éste debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial (considerando 13 de la mayoría). Esta última visión del Alto Tribunal nacional fue confirmada en Felicetti, Roberto y otros (del 21 de diciembre de 2000; véase *La Ley*, 2001-B, Buenos Aires, pp. 62 y ss.), causa públicamente conocida como una de las vinculadas con el copamiento de La Tablada (véase considerando 60. de la mayoría) —en todos los casos las cursivas son mías— y ya tangencialmente (y por mayoría), en la causa A.89.XXXV. Recurso de Hecho. Alonso, Jorge Francisco s/recurso de casación —causa núm. 1.813—, de 19 de diciembre de 2002 (considerando 50. del voto mayoritario).

<sup>34</sup> Un antecedente contrario a la admisión de las presentaciones de *amici curiae* puede constatarse en la causa Kimel, Eduardo s/Injurias, tramitada ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

das con la jerarquía normativa de ciertos tratados internacionales de derechos humanos frente al derecho interno, y la constatación del imperativo que se cierne sobre los órganos judiciales domésticos en el sentido de aplicar aquella preceptiva con preferencia al ordenamiento jurídico doméstico (al menos, subconstitucional). Veamos:

*2. Los casos por recorrer*

a) En primer lugar, no podría dejar de mencionarse un antecedente fundamental. Nos referimos a la causa núm. 761. 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 (resolución conjunta de ambas salas de dicha cámara).

Se trata de un documento histórico, ya que por vez primera se admitió en los tribunales argentinos un *amicus curiae*,<sup>35</sup> por medio de la resolución emitida —por mayoría— el 18 de mayo de 1995.<sup>36</sup>

b) Ha sido acogido, también, en la causa Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva, del Juzgado Criminal y Correccional Federal núm. 2 de la capital federal, precedente en el que —al igual que en el anteriormente individualizado— se circunscribe la viabilidad del instituto al supuesto de que quien pretenda presentarse en calidad de *amicus* sea una organización no gubernamental con un especial interés en la cuestión debatida y que acredite especialización acerca de la misma.<sup>37</sup>

c) Confirmando la citada tendencia, *in re Balverdi*, Juan Antonio y otros s/ infracc. Ley 23.737, puede verificarse otro antecedente de aceptación de la figura *sub examine*, por parte de la Cámara en lo Criminal y Correccional de Apelaciones en lo Federal, Sala IIa.<sup>38</sup>

d) Por su parte, en Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo, de la Cámara Nacional Electoral (pronunciamiento de 10 de oc-

<sup>35</sup> La presentación fue suscripta por distintos funcionarios en representación de Human Rights Watch (HRW) y del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil); ambas entidades no gubernamentales internacionales dedicadas a la defensa y la promoción de los derechos humanos universalmente reconocidos.

<sup>36</sup> Su texto puede ser consultado en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, núm. 21, enero-junio de 1995, pp. 149 y ss.

<sup>37</sup> La solicitud fue articulada por dos letrados en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

<sup>38</sup> También aquí intervino el CELS.

tubre de 2000), se abrió una brecha singular dado que ésta aceptó la participación en carácter de *amicus curiae* del procurador penitenciario,<sup>39</sup> quien se había presentado invocando tal calidad, antes de que se expediera dicho órgano de alzada respecto del recurso de apelación interpuesto por el amparista, a la sazón, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), quien había promovido tal acción contra el Estado nacional (ministerios del Interior y de Justicia), con el objeto de obtener que se adoptaren las medidas necesarias para garantizar el derecho constitucional a sufragar de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la nación, en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos, objeto para el cual solicitó que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso ‘d’ del Código Electoral Nacional.

La jueza federal de primera instancia rechazó el amparo, tanto por considerar inadmisible la vía procesal intentada por la accionante, cuanto por el fondo del asunto.

El aludido tribunal de alzada revocó la sentencia de la instancia inferior y declaró la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso ‘d’, del Código Electoral Nacional, que excluye del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”.

Arribada la causa a la CSJN, ésta confirmó el fallo en el marco del recurso de hecho deducido por la actora *in re* M. 1486. XXXVI-M. 1491. XXXVI: Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo (sentencia de 9 de abril de 2002), aunque no se limitó ni resignó (como lo había hecho el *a quo*) a la censura del precepto por inconstitucional (dado que la cámara había supeditado el ejercicio del derecho al dictado de la necesaria reglamentación que posibilite el sufragio de aquella categoría de personas), sino que el máximo tribunal avanzó operativamente y manifestó que correspondía “urgir al Poder Legislativo y al Poder Ejecutivo a que adopten las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho a votar de los detenidos no condenados” y, en ese marco, consideró prudente “disponer que este derecho sea implementado por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses”<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Luego institucionalizada tal intervención a través del artículo 18, inc. ‘e’, de la Ley 25.875, sobre la que volveremos.

<sup>40</sup> Las cursivas son mías. Los párrafos entrecomillados corresponden al considerando 9o. de la mayoría compuesta por Nazareno, Moliné O’Connor y López. En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, lo hicieron Boggiano —véase, el considerando 8o.— y Bossert

e) Para finalizar esta reseña ejemplificativa de casos en que se decidió la procedibilidad de la figura del *amicus*, valga evocar la causa INADI c/ Estado Nacional, Ministerio del Interior, Dto. 957/01, Ley 25.453 s/ Amparo Ley 16.986, de 4 de octubre de 2001, resuelta por la Sala Ia. de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.<sup>41</sup>

Como aspectos salientes del caso, bástenos recordar que el entonces interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), organismo descentralizado creado por la ley 24.515, en jurisdicción del Ministerio del Interior del Estado Nacional, inició acción de amparo contra el Estado Nacional, Ministerio del Interior, con el objeto de que se declare la falta de vigencia, inconstitucionalidad o inaplicabilidad al INADI del decreto 957/01, y del acto administrativo notificado el 3 de septiembre de 2001, persiguiendo —en consecuencia— el mantenimiento de su planta de personal en 50 personas, además del interventor, con el presupuesto de personal vigente en marzo de 2001 y con la sola reducción del 13% en sus remuneraciones a partir del 1o. de julio de 2001.

La jueza de primera instancia, remitiéndose al dictamen de la fiscal federal, se declaró incompetente. Ante el recurso pertinente, y radicados los actuados en la Sala Ia. de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, se presentaron escritos de un *amicus curiae*, cuyo desglose fue ordenado en función de lo normado por el

—véase el considerando 30—. Por su parte, Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría —véase, sobre el punto en cuestión, el considerando 19—. A modo de digresión, consideramos útil destacar que se han producido diversos cambios en la composición de la Corte Suprema de Justicia argentina. Así se concretaron las renuncias de los doctores Bossert y Nazareno, quienes fueron reemplazados, respectivamente, por los ministros Maqueda y Zaffaroni. Por último, tampoco están ya los doctores López y Moliné O'Connor. Una de tales vacantes fue cubierta por la doctora Highton de Nolasco y muy pronto se producirá la incorporación de la doctora Argibay, cuyo pliego ya fue aprobado por el Senado de la Nación. En consecuencia, la corte ha quedado integrada con los siguientes ministros: Petracchi (presidente), Belluscio, Fayt, Boggiano, Vázquez, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco; esperándose —como se anunciaaba— el próximo ingreso de la doctora Argibay para completar la nómina de nueve integrantes dispuesta legalmente.

<sup>41</sup> Un comentario a tal fallo puede cotejarse en Bazán, Víctor, “A propósito de la viabilidad del *amicus curiae* pese a la inexistencia de previsión legal que lo instaure”, *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*, Lexis-Nexis, núm. 43, Buenos Aires, 2003, pp. 215-225. Por su parte, el fallo íntegro se encuentra transscrito en las pp. 197-215 de la misma obra.

artículo 484 del CPCCN. En definitiva, y mediante argumentos propios, la sala decidió por mayoría confirmar el pronunciamiento resistido.<sup>42</sup>

En lo que aquí interesa, es decir, los escritos arrimados por el presentante en calidad de *amicus curiae* (se trataba del doctor Héctor Masnatta, ex ministro de la CSJN y miembro de la Convención Constituyente de 1994), en tanto no se encontraba aún consentido el auto de presidencia que disponía el desglose de aquéllos, el tribunal procedió a revocarlo de oficio y ordenó que tales libelos fueran nuevamente agregados a la causa, teniendo al impetrante por presentado en el carácter invocado y por constituido domicilio.

Aun cuando el caso ofrece aristas bastante singulares, cuya consideración *in extenso* resulta imposible efectuar aquí, se evidencia una cierta actitud aperturista de los magistrados integrantes de la sala que emitieron el fallo, puesto que —con mayor o menor dosis de efusividad o entusiasmo ante la institución en examen y/o los argumentos traídos por el asistente oficioso— evidenciaron un saludable desapego del puro formalismo al autorizar la incorporación de los escritos del *amicus curiae* pese a la inexistencia de ley que instaure la figura en forma expresa y general, y por otro lado, dieron curso a la participación de un sujeto *particular* que asumió el rol de asistente oficioso.

#### V. UNA RECENTE ACORDADA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA QUE REGLAMENTA LA INTERVENCIÓN DE LOS “AMIGOS DEL TRIBUNAL”

Hasta hace poco tiempo, la Corte Suprema no había tenido ocasión de expedirse contundentemente por la admisión de *amici* en asuntos radicados ante ella.

Ello generaba una dificultad para descifrar cuál sería la percepción del cuerpo sobre el particular, si bien *extrajudicialmente*, su ex presidente doctor Julio S. Nazareno —que hoy ya no integra el tribunal—,<sup>43</sup> había

<sup>42</sup> La mayoría estuvo compuesta por los doctores Covello y Buján. Por su parte, el voto minoritario correspondió al doctor Licht, quien en tal moción disidente abundó en consideraciones referentes a la temática del *amicus curiae*.

<sup>43</sup> Para verificar la integración actual (julio de 2004) de la corte argentina, véase *supra* nota 40, *in fine*.

exteriorizado su visión claramente favorable a la recepción del instituto, incluso sin ley que lo plasme explícitamente.

En efecto, con ocasión de participar de la IIa. Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia (marzo de 1999), concretamente al presentar el tema de “Participación ciudadana en los procesos judiciales” (primera sesión plenaria dedicada a tratar lo relacionado con la problemática de la organización judicial), precisó contundentemente y sin ambages que si bien no existen en la República Argentina normas procesales que contemplen la figura del *amicus curiae*, una intervención de esta naturaleza ante la Corte Suprema no debe ser dogmáticamente desestimada ante la ausencia de texto legal, pues podría estar justificada en la naturaleza e implicaciones del fallo por pronunciar y, ya desde una visión procesal, la admisibilidad de oír a los “amigos” de las partes contaría con el apoyo que da la integración analógica del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que le confiere la facultad de oír a cualquier persona u organización que puedan aportar elementos de juicio que se consideren de utilidad para la decisión a adoptar.

El debate recobró vigencia, ya que en una de las causas radicadas ante la corte, referidas a la validez constitucional de las citadas leyes 23.492, de Punto Final, y 23.521, de Obediencia Debida,<sup>44</sup> se presentó un *amicus curiae* para cuestionar los argumentos del procurador general de la nación, quien en su dictamen se había expedido claramente a favor de que el máximo tribunal confirmara la inconstitucionalidad de tales leyes (tal opinión fue emitida el 29 de agosto de 2002).

Por nuestra parte, siempre mantuvimos<sup>45</sup> que sería muy interesante que el tribunal acogiera la postulación que se formuló en calidad de *amicus*, abriéndose a otras que en el futuro pudieran articularse. Asimismo,

<sup>44</sup> Específicamente aludimos al caso “Simón, Julio y otros” en el que la Sala IIa. de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la resolución de primera instancia. En esta última, el fallo fue pronunciado por el doctor Gabriel R. Cavallo —hoy juez de cámara— el 6 de marzo de 2001, declarando la invalidez, la inconstitucionalidad y la nulidad insanable de los artículos 1 de la ley 23.492 y 1, 3 y 4 de la ley 23.521.

<sup>45</sup> Véase Bazán, Víctor, “El *amicus curiae* y la utilidad de su intervención procesal: una visión de derecho comparado, con particular énfasis en el derecho argentino”, *Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Santiago, Chile, Universidad de Talca, 2003, pp. 675-714; “El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad”, *LexisNexis. Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 4 de junio de 2003, pp. 3-24.

dejábamos aclarado que nos interesaba la sustancia de la institución, con plena independencia de que, en el particular, no compartíamos la posición de fondo que el *amicus* asumió en su informe ni el interés que auspiciaba.

Lo que hasta hace muy poco tiempo era, por cierto, una incógnita, dejó recientemente de serlo. Es que la corte ha procedido a dictar la Acordada núm. 28, de 14 de julio de 2004, en la que —desde nuestra óptica— ha adoptado un temperamento por demás laudable, al autorizar —por mayoría— la intervención de “Amigos del Tribunal”, con arreglo al reglamento que, como anexo, forma parte integrante del citado acuerdo.

Así, y con la rúbrica aprobatoria de los ministros Petracchi, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Highton de Nolasco, y las disidencias de los doctores Belluscio, Fayt y Vázquez,<sup>46</sup> el cuerpo reglamentó la participación de los *amici curiae*, estipulando los siguientes lineamientos centrales que regirán la actividad de los mismos:<sup>47</sup>

Pueden intervenir en calidad de “Amigos del Tribunal” tanto las personas físicas como las jurídicas que, no siendo parte en el pleito (artículo 1, párrafo 1o.), ostenten reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el mismo (artículo 2, párrafo 1o.).

La presentación, que no deberá superar las veinte cuartillas de extensión (artículo 2 *in fine*), podrá realizarse dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia (artículo 1, párrafo 2o.). En ella, el presentante deberá fundamentar su interés para participar de la causa, informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso (artículo 2, párrafo 1o.) y constituir domicilio en los términos del artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 1 *in fine*).

Si el tribunal considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente (artículo 3).

<sup>46</sup> Quienes concluyeron que la corte carece de atribuciones para regular la intervención procesal del “Amigo del Tribunal”, pues tal competencia —siempre en visión de los magistrados disidentes— corresponde al legislador.

<sup>47</sup> Los números de artículos que se mencionarán en la reseña que sigue en el texto principal corresponden al Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal, el cual, como dijimos, figura como anexo del acuerdo en cuestión.

La presentación, que puede concretarse en todos los procesos judiciales correspondientes a la “competencia” originaria o apelada de la corte en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general (artículo 1, párrafo 1o.), habrá de ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión o una sugerencia fundadas sobre el objeto del litigio (artículo 1, párrafo 2o.), en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante (artículo 2, párrafo 2o.).

Dicha opinión o sugerencia se realizará para ilustrar a la Corte Suprema, la que, aun cuando no quede vinculada por ella, podrá tomarla en cuenta en el pronunciamiento que dicte (artículo 5).

El “Amigo del Tribunal” no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas; al tiempo que su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales (artículo 4).

Finalmente, conviene recordar que para reivindicar sus potestades reglamentarias legítimamente puestas en ejercicio para la habilitación de los “Amigos del Tribunal”, en el acuerdo de mención la corte sostuvo (específicamente en el considerando 3o.) que desde su constitución en 1863, durante todo su ulterior funcionamiento y hasta la más reciente legislación sancionada por el Congreso de la Nación, le han sido reconocidas las atribuciones necesarias para dictar reglamentos como el que comentamos. En ese sentido, citó los siguientes dispositivos legales:

Ley 48, de 14 de septiembre de 1863, que previó que “La Corte Suprema podrá establecer los reglamentos necesarios para la ordenada tramitación de los pleitos, con tal que no sean repugnantes a las prescripciones de la ley de procedimientos” (artículo 18).

Ley 4.055, de 11 de enero de 1902, que reiteró que “La Suprema Corte ejercerá superintendencia... debiendo dictar los reglamentos convenientes para procurar la mejor administración de justicia” (artículo 10).

Ley 25.488 de reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, de 19 de noviembre de 2001, que expresamente dispuso que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación queda facultada para dictar las medidas reglamentarias y todas las que considere

adecuadas para el mejor cumplimiento de las normas y fines de esta reforma” (artículo 4, 2o. párrafo).

#### VI. OTRAS ARISTAS DE LA PROBLEMÁTICA DEL *AMICUS CURIAE* DIGNAS DE MENCIÓN

##### 1. *¿Es constitucional la figura?*

Nítidamente, al menos, no se observa la existencia de cláusula o principio constitucional alguno que pudiera quedar comprometido o lesionando si se viabilizara la participación del *amicus curiae* en el proceso, aun sin consagración legal expresa, lo que se corrobora con la percepción trascendida por el máximo tribunal argentino en la citada Acordada núm. 28.

En una aproximación preliminar, pareciera que tal institución recepta legitimación constitucional, enunciativamente, por parte de los artículos 14 (derecho de peticionar a las autoridades); 18 (debido proceso); 33 (derechos y garantías implícitos); 28 (prohibición de toda limitación irrazonable al ejercicio de los derechos); y 75, inciso 22, párrafo 2o., en cuanto a la jerarquización constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos allí individualizados y los que en el futuro sean ungidos con tal carácter; disposiciones, todas, que quedan envueltas y recorridas por el caudal axiológico que les suministra el postulado contenido en el preámbulo que compele a “afianzar la justicia” —las cursivas son mías—.

Asimismo, da la sensación de que la figura se alinea también con el sesgo que la reforma de 1994 pretendió transfundir al texto y al espíritu constitucionales, alentando la participación popular en la toma de decisiones de interés público, por ejemplo, y *mutatis mutandi*, por medio de los mecanismos de democracia semidirecta (iniciativa y consulta populares, respectivamente, artículos 39 y 40).

También, cabe computar otro elemento coadyuvante, cual es la directriz incorporada por la aludida reforma en pro de hacer extensiva, en la acción de amparo, la legitimación (*ergo*, la intervención) de las ONG o asociaciones que persigan la protección de derechos de incidencia colectiva, a la luz del artículo 43, párrafo 2o., de la Constitución Nacional (que estatuye el amparo colectivo).

Por último, y en sintonía con todo esto, corresponde asimismo ponderar la configuración de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la igualdad formal (artículo 16) con la igualdad material, lo que queda corporizado en el texto constitucional con una fórmula léxica que, con matices, puede resumirse como: igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato (véase, por ejemplo, artículos 37 y 75, incisos 2, 19 y 23), para cuya operativización sin eufemismos se requiere del Estado que *actúe* paliando arbitrarias discriminaciones y previniendo o corrigiendo infundadas desigualdades,<sup>48</sup> por caso, mediante la generación de políticas de discriminación inversa para beneficiar a los grupos o personas tradicionalmente desaventajados. A ello pareciera apuntar, precisamente, la institución del *amicus*.

En ese sentido, y en un escenario en el que se pretende consolidar la democracia participativa —aun cuando la adjetivación pudiera resultar redundante en relación con el término al que refiere, calificándolo—, vislumbramos que el *amicus curiae* puede encaramarse como una herramienta interesante para aportar en favor de la democratización y la transparencia del debate judicial, en ciertos casos que excedan el mero interés de las partes o supuestos que puedan resultar paradigmáticos por la proyección social y pública que la decisión a adoptar sea susceptible de engendrar.

Por supuesto, deberán quedar siempre a buen resguardo las atribuciones del tribunal para rechazar o desglosar memoriales de *amici* que sólo pretendan entorpecer o prolongar excesivamente el juicio, afectando elementales principios como el de economía procesal y los legítimos derechos de los litigantes porque, de lo contrario, se desnaturalizarían los fines de la figura, volviéndose ésta nociva y antifuncional, al tiempo que se mediatisaría uno de los objetivos que persigue: la preservación del “devido proceso”.

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, Bazán, Víctor, “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en Bidart Campos, Germán J. (coord.), *Economía, Constitución y derechos sociales*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 111-174, en esp. pp. 124-130; *id.*, “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho comparado”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 91-286.

En conexión con esto, Cueto Rúa se hace eco de las palabras de Krislov, impregnadas de agudo realismo y en las que pone de manifiesto algunos de los problemas creados por el *amicus* transformado en promotor. Así —evoca—, si el alegato poco agrega al de las partes en cuyo apoyo se ha presentado, poco o nada suma a la causa, salvo el valor emergente de un endoso efectuado por un grupo, ente o asociación prestigiosos, lo que se parece bastante a la presión política.<sup>49</sup>

## 2. ¿Es imprescindible la intermediación del legislador?

A partir de la base argumental que proporcionan algunas de las reflexiones anteriores, queda claro que no albergamos dudas en cuanto a que la carencia de una previsión legal expresa, que institucionalice la figura, no es óbice para su planteo por el interesado y su posterior admisión por parte del tribunal actuante. La Corte Suprema, en el acuerdo de mención —adoptado por mayoría— ha asumido un criterio coincidente con la posición que sostenemos y sosteníamos mucho antes de tal acordada, reivindicando el uso de legítimas facultades reglamentarias que le son propias.

Es posible pensar que tal recepción por el órgano judicial en cuestión se enmarca en el complejo de facultades implícitas que le viene adjudicado legalmente.

Además, y acudiendo a una hermenéutica analogizante, podría conjeturarse que si en nuestro país existen antecedentes normativos en el orden federal<sup>50</sup> que expresamente aluden al instituto (nos referimos al ar-

<sup>49</sup> Krislov, Samuel, *op. cit.*, nota 19, p. 711. En el caso, hemos seguido la interpretación que, de las palabras de aquél, realiza en castellano Cueto Rúa —*cit.* en nota 3, p. 724—.

<sup>50</sup> Fuera del ámbito federal, es decir, ingresando en el plano local argentino, específicamente en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es dable verificar que en el artículo 22 de la ley 402 (de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia —TSJ—, sancionada el 08-06-2000, promulgada por decreto 956 del 06/07/2000 y publicada en el *BOCBA* el 17-07-2000), se ha institucionalizado la figura, estableciéndose (concretamente en el marco del ejercicio de la acción declarativa de inconstitucionalidad de jurisdicción originaria y exclusiva del TSJ) las pautas para la participación en el proceso de los asistentes oficiales. Dicho artículo 22 dispone: “Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficial, hasta diez (10) días antes de la fecha de celebración de la audiencia. En la presentación deberá constituir domicilio en la jurisdicción. Su participación se limita a expresar una opinión fundamentada sobre el tema en debate. El/la juez/a de trámite agrega la presentación del asistente oficial al expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia. El asistente oficial no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o

título 7 de la ley 24.488<sup>51</sup> y al artículo 18, inciso ‘e’, de la reciente ley 25.875),<sup>52</sup> no sería irrazonable —quizás, *a fortiori*— interpretar extensivamente la cláusula y sustentar una habilitación para la recreación de la figura en otros ámbitos procesales. Como hipótesis de mínima, y al existir la señalada prescripción legal explícita sobre el particular, no cabría predicar *a priori* una radical oposición del legislador, algún reparo iusfilosófico o de otra índole ni una obturación universal del empleo del *amicus* en supuestos que no correspondan al estrictamente capturado por la literalidad de la cláusula señalada.

sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tendrá ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales. Todas las resoluciones del tribunal son irrecuperables para el asistente oficioso. Agregada la presentación, el Tribunal Superior, si lo considera pertinente, puede citar al asistente oficioso a fin de que exponga su opinión en el acto de la audiencia en forma previa a los alegatos de las partes”.

51 Tal ley, sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante tribunales argentinos, fue sancionada el 31-05-95, promulgada parcialmente el 22-06-95 y publicada el 28-06-95. Concretamente en su artículo 7, establece: “En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de ‘amigo del tribunal’” (las cursivas son mías).

52 Sancionada el 17-12-2003, promulgada de hecho el 20-01-2004 y publicada el 22-01-2004. Dicha norma ha institucionalizado en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación la Procuración Penitenciaria, para ejercer las funciones que el dispositivo legal diseña, pero sin recibir instrucciones de ninguna autoridad (artículo 1). El objetivo fundamental de tal institución es proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal, de todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal, incluidos comisarías, alcaldías y cualquier tipo de locales en donde se encuentren personas privadas de libertad y de los procesados y condenados por la justicia nacional que se encuentren internados en establecimientos provinciales (*id. artículo*). Específicamente en cuanto atañe al tema de este estudio, el artículo 18 de la ley dispone que el procurador penitenciario y el adjunto, por orden del primero o en caso de reemplazo provisorio, están facultados para poner en conocimiento de lo actuado en cumplimiento de sus funciones, a los jueces a cuya disposición se encontrara el interno, respecto del cual se iniciara una actuación, pudiendo, a su vez, expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el magistrado interviniente, en carácter de “amigo del tribunal” (inc. ‘e’). El dispositivo citado sólo ha literalizado normativamente una situación que había quedado ya plasmada en la praxis de la Cámara Nacional Electoral, en concreto, en el caso ‘Mignone’, donde se habilitó la actuación del procurador penitenciario en calidad de *amicus*. Por lo demás, el artículo 31, *ibidem*, ha pautado que, hasta tanto sea designado el procurador penitenciario conforme los mecanismos fijados por la ley, permanecerá en funciones el procurador penitenciario que fungía en tal cargo hasta ese momento, quien deberá ejercer sus funciones de acuerdo con lo previsto por la nueva normativa. En sentido convergente, el artículo 32 de la ley preceptúa que, con el objeto de garantizar la continuidad funcional de la procuración penitenciaria, la estructura vigente al tiempo de la sanción de la ley pasa a formar parte del organismo creado por ésta, derogándose el decreto 1.598/93 del Poder Ejecutivo Nacional que implementó primigeniamente la figura (artículo 30, *ibidem*).

Asimismo, y comprendiendo en la apreciación siguiente también a los escenarios jurídicos locales, los propios reglamentos de la Corte Suprema —tal como ha sucedido—<sup>53</sup> o de los superiores tribunales provinciales podrían contemplarla sin necesidad de *interpositio legislatoris*, desde que, en definitiva, coadyuva a garantizar el debido proceso<sup>54</sup> y puede proporcionar nuevos elementos de análisis o enfoques jurídicos idóneos para realzar cualitativamente las decisiones judiciales, al tiempo que —ya como sostienen Abregú y Courtis— la posibilidad de fundar éstas en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial.<sup>55</sup>

Finalmente, los autores citados en último término nos ponen frente a otro motivo sobre el cual asentar la no imprescindibilidad de consagración normativa expresa para la procedencia del instituto. Condensando el pensamiento de aquéllos, puede decirse que si ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe la posibilidad de comparecer en calidad de *amicus* y si llegar con un caso ante ella, supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado demandado, requisito este último concedido —según la corte— en interés del propio Estado, resulta entonces absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en calidad de *amicus* ante los tribunales internos (oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación en sede interna) y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la corte por la imputación de los mismos hechos; además, y siendo la instancia interamericana coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno, parece razonable —sostienen— ofrecer a los grupos o instituciones interesados en articular opiniones 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 locales argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte Interamericana.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Como vimos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo hizo a través del Acuerdo núm. 28-2004, de 14 de julio de 2004.

<sup>54</sup> Coincidimos con la apreciación que sobre el punto particular nos hiciera el profesor Walter F. Carnota en un intercambio de ideas informal sobre el tema del *amicus curiae*.

<sup>55</sup> Abregú, Martín y Courtis, Christian, “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino”, en Abregú *et al.*, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, Editores del Puerto, 1997, p. 388.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 392 y 393.

### 3. ¿Hay lesión al principio *iura novit curia*?<sup>57</sup>

Desde otro perfil, estimamos que de ninguna manera cabría predicar de la figura incompatibilidad alguna con el principio *iura novit curia*, dado que el magistrado actuante jamás debe abdicar de su obligación de seleccionar y aplicar el derecho pertinente para resolver el caso, independientemente de si aquél coincide o no con la argumentación traída por el *amicus*, además de que esgrimir una posición tan conservadora y prejuciosa (sobre un pretendido atentado contra la materia procesal subyacente tras aquella máxima latina), paralelamente a dar curso a un formalismo cuando menos objetable, dejaría traslucir un trasfondo de soberbia al considerar —erróneamente— que el juez conoce todo el derecho, al tiempo que supondría una nota de infalibilidad que no casaría adecuadamente con la implementación de una estructura procesal recursiva (ordinaria y extraordinaria) para revisar defectos, excesos y demás imperfecciones plasmados en las sentencias por los respectivos jueces de las instancias inferiores.<sup>58</sup>

Pero además, aquel brocárdico sólo indica que el juez no se encuentra vinculado por las calificaciones jurídicas de los justiciables,<sup>59</sup> lo que significa —y no otra cosa— que puede separarse de la fundamentación de derecho que los litigantes efectúen, y está facultado a escoger por sí el sustento de derecho que estime pertinente para dar soporte a su pronunciamiento.

Nada indica, entonces, que el campo de acción del *iura novit curia* pueda verse invadido o puesto en entredicho por la circunstancia de que el magistrado interviniente admita un *amicus curiae*, ya que ni éste ocupa ámbitos funcionales propios de aquél ni la apertura de su participa-

<sup>57</sup> El interrogante no alude a un supuesto de ciencia-ficción. Por el contrario, una de las mociones disidentes emitidas en la reseñada causa núm. 761. Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela de Mecánica de la Armada (ESMA), y que proponían la inadmisión de la presentación del *amicus curiae*; se sustentaba en que la ausencia de normativa legal que institucionalizase la figura y, precisamente, el principio *iura novit curia* impedían su procedibilidad (cfr. voto de la doctora Riva Aramayo).

<sup>58</sup> Para que la apreciación volcada en el texto no sea malinterpretada, nos apresuramos a aclarar que no sólo ha sido expresada con el máximo respeto por la investidura y la labor judiciales, sino que se ha vertido desde una perspectiva autocrítica, ya que ejercemos la magistratura judicial.

<sup>59</sup> Cfr. Morello, Augusto M. et al., *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y de la nación*, 2a. ed. reelab. y ampl. (1a. reimpr.), Buenos Aires, Platense y Abeledo-Perrot, 1990, t. I, p. 121.

ción procesal resulta inconciliable con la pervivencia del mentado principio, en tanto quien decide en definitiva la controversia judicial, seleccionando para ello las normas jurídicas de aplicación, es exclusivamente el magistrado y no el asistente oficioso.

En otras palabras, no converge un intercambio de roles, conservando el juez plena libertad para receptar o separarse, total o parcialmente, de los argumentos jurídicos que el *amicus* pudiera acercar al proceso.

#### 4. *Cuestiones dudosas o polémicas por debatir*

Uno de los propósitos del presente trabajo se centra —como pusiéramos recurrentemente de manifiesto— en adelantar algunas ideas en relación con la factibilidad del empleo del *amicus curiae*, aun sin ley que lo institucionalice, sin perjuicio de lo cual reconocemos que el debate sobre tal institución está muy lejos de haberse agotado.

##### A. *Acerca de algunas dudas en cuanto a los alcances de su participación procesal*

En efecto, subsisten numerosos asuntos por estudiar, analizar, desarrollar; por ejemplo, y entre muchos otros:

Discernir si la intervención de *amici curiae* sólo podrá ser solicitada por éstos y/o por las partes, o si también el tribunal recibirá atribución para requerir, *motu proprio*, dicha participación.

Si las partes pueden o no oponerse a que los asistentes oficiosos actúen en el proceso.

Si cabe correr traslado a aquéllas del pedido de éstos para intervenir en la causa y si, ante la oposición de los litigantes, podría igualmente el tribunal conceder a los *amici* habilitación para ingresar al proceso.

Si, no obstante la conformidad expresa o tácita de las partes, podría de todos modos el tribunal rechazar la presentación de los asistentes oficiosos.

Si, admitida la participación de éstos, les estará vedada siempre y en todos los casos la posibilidad de plantear recursos; o si, no aceptada su actuación, podrán recurrir esa desestimación inicial.

Dilucidar si la actuación de los *amici* puede darse en cualquier proceso y en cualquier instancia o si, por el contrario, estará reservada a determinadas causas y/o ante ciertas instancias específicas, por ejemplo, la CSJN (quien por vía reglamentaria hoy ha abierto institucionalmente la válvula para la participación de aquéllos en causas sometidas a ella en jurisdicciones originaria y apelada), la Cámara Nacional de Casación Penal y las Cámaras Nacionales y Federales de Apelación;<sup>60</sup> o sólo ante alguno de tales órganos jurisdiccionales.<sup>61</sup>

Si la presentación de *amicus curiae* debería quedar limitada sólo a personas u organismos de reconocida especialización y/o experiencia con relación al asunto en debate o si la participación debería ser, al menos *a priori*, amplia o indiscriminada.

Si los escritos sólo deberían versar sobre cuestiones jurídicas o también podrían introducirse en aspectos fácticos de la causa.

Explicitar si el memorial deberá cumplimentar ciertos requisitos formales; en su caso, cuáles y en qué instrumento normativo estarán contenidas tales pautas a observar.<sup>62</sup>

Esclarecer si un *amicus* sólo puede presentarse en una de las instancias judiciales del proceso y no repetir en las superiores o si, por el contrario, estaría habilitado para hacerlo y, asimismo, establecer si el mismo presentante podría incorporar —en casos excepcionales y por hechos o circunstancias sobrevinientes que lo justificaren— más de un memorial por instancia.

Determinar si le serán oponibles los efectos de la cosa juzgada de la sentencia que resuelve la causa en la que comparece.<sup>63</sup>

<sup>60</sup> Al modo como lo establecen, circunscribiéndolo a dichos órganos judiciales, los proyectos de ley que en fecha relativamente reciente fueron presentados ante el Congreso de la Nación para dar cuerpo institucional explícito a la figura, registrados bajo los núms.: 0662-S-01 y 0050-PE-02.

<sup>61</sup> Como lo preveía el proyecto de ley núm. 68-D-90 presentado ante el legislativo nacional por Jorge Reinaldo Vanossi, quien propiciaba ceñir la actuación del *amicus* a las causas judiciales que trámiten ante la corte en la instancia extraordinaria de apelación (*cfr.* artículo 1 del proyecto), o sea, concretamente, en la sustanciación del recurso previsto en el artículo 14 de la ley 48.

<sup>62</sup> Por ejemplo, el proyecto de ley núm. 0662-S-01 dispone, en su artículo 4, que el *amicus curiae* deberá presentarse por escrito de acuerdo con las formalidades fijadas por el Reglamento para la Justicia Nacional.

<sup>63</sup> Se ha dicho que, en principio, quien interviene en un juicio como *amicus curiae* no está alcanzado por los efectos de la cosa juzgada. *Cfr.* Wright, Miller y Cooper, *Federal practice and*

Y así podríamos prolongar nuestras cavilaciones y continuar suministrando diversos interrogantes que genera la potencial actuación del asistente oficioso en el proceso. En todo caso, sólo resta aguardar la determinación normativa de algunas pautas para encapsular jurídicamente la figura, al menos en sus lineamientos básicos, y el significativo aporte adicional que seguramente brindará la praxis jurisprudencial que paulatinamente se prefigure para avanzar en la elaboración de ciertos detalles o pormenorizaciones sobre ribetes más puntuales a su respecto. Un buen punto de partida y una significativa pauta referencial en la actualidad vienen brindados por el multicitado Acuerdo número 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el particular.

*B. Sobre el “impacto” en los jueces, la ponderación judicial, la razonabilidad de las sentencias, la previsión de los efectos prácticos de éstas y la obtención de cierto grado de consenso social*

Por otra parte, un ingrediente del problema que merece atención radica en la eventual reticencia judicial que la figura podría provocar, fundamentalmente en razón del *impacto* que —aunque nunca se llegue a verbalizar— se corporizaría al recibir los jueces opiniones de encumbradas entidades o de prestigiosos especialistas individuales, en relación con el tema sobre el que les corresponde decidir. Quizás, los escritos de renombrados *amici curiae* podrían operar internamente en el ánimo de los magistrados como fuertes elementos de presión. Es que en caso de que los jueces se separen de la posición que aquéllos sustentan, deberían redoblar esfuerzos y estudio para fundamentar las sentencias en cuestión, en orden a no “quedan en evidencia” al dictar resoluciones débiles o carentes de mayor profundización o sustento frente a sólidos y actualizados argumentos jurídicos de signo contrario aportados por algunos asistentes oficiosos. En otras palabras, a mayor peso específico y jerarquía de la institución o del sujeto presentante mayor sería el impacto a provocar en el juez.

Sea como fuere, y si tales temores efectivamente existieran, pensamos que la idea debería circular por un re examen de la concepción jurídico-

*procedure*, vol. 18, p. 432, citado por Mairal, Héctor A., *Control judicial de la administración pública*, vol. 2, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 724 (nota 32).

co-cultural, desterrando pruritos o preconceptos y tendiendo hacia el paulatino incremento de la autoexigencia en orden al dictado de pronunciamientos de mayor calidad que diriman con justicia el caso traído a conocimiento judicial. No hay que evadir responsabilidades, ni temerle al cambio, sino profundizar el estudio de la causa y comprometerse con la misma; escuchar a los *amici*, que —en ocasiones— podrán realzar cualitativamente el debate y aportar para la conformación de la argumentación judicial, mas sintiéndose libres para servirse o separarse de los fundamentos arrimados por aquéllos, con honestidad y responsabilidad, pero, fundamentalmente, con la íntima convicción de estar dilucidando el caso con dosis equilibradas de mesura y prudencia, haciendo mérito de los diversos factores convergentes en el mismo y preconcibiendo mentalmente las consecuencias prácticas que podrían desencadenarse a partir del fallo respectivo, y sobre todo —y a pesar de potenciales ingredientes políticos en juego— sin abdicar de la directriz jurídica que debe orientar a la magistratura.

A salvo las diferencias en cuanto a los sistemas de control constitucional (órganos que lo desarrollan, modalidad de tal fiscalización, efectos de las sentencias —*inter alia*—) entre la jurisdicción constitucional en países de Europa que adoptan el control concentrado y la de Argentina que prohíja el difuso, pero con una textura de suficiente importancia como para ser insertado aquí, conviene colacionar el interesante enfoque que brinda García de Enterría, quien se refiere a la necesidad de que el juez constitucional no pierda en ningún momento de vista las consecuencias prácticas (*i. e.*, políticas) de la decisión que está llamado a dictar, en tanto la justicia constitucional, siendo política por su materia, es estrictamente jurídica por sus métodos y sus criterios de fondo.<sup>64</sup>

El maestro español reenvía a Bachof, quien afirma que cuando las sentencias (con efectos vinculantes generales o fuerza de ley) son “políticamente inexactas o falsas (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera”, por lo que, “más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las

<sup>64</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1a. reimpr., Madrid, Civitas, 1991, pp. 179 y 180.

*consecuencias* —frecuentemente las consecuencias políticas— de sus sentencias”<sup>65</sup> (cursivas del autor citado).

En definitiva, la conclusión a la que arriba García de Enterría es que el Tribunal Constitucional no puede ser ciego a las consecuencias políticas de sus decisiones;<sup>66</sup> sin embargo, y citando nuevamente a Bachof, matiza la apreciación en cuanto a que “esas consecuencias sólo puede tomarlas en cuenta en el marco de las posibilidades abiertas por el ordenamiento... En caso de conflicto entre el derecho y la política, el juez está sólo vinculado al *derecho*”<sup>67</sup> (las cursivas son mías).

En otras palabras, el Tribunal Constitucional, en su doble función de tribunal y órgano constitucional, no podría rehuir el examen de las consecuencias políticas del pronunciamiento a emitir, pero en definitiva, y más allá de ello, la vinculación última del tribunal ancla sus raíces en el derecho.

Complementariamente, y para concluir, permítasenos decir que coincidimos con Sagüés cuando afirma que el operador-intérprete de la Constitución maneja normas, pero también conductas y valores,<sup>68</sup> y que, por tanto, la previsibilidad es y debe ser parte del razonamiento jurídico,<sup>69</sup> puesto que, al tiempo que valor político, es también valor jurídico.<sup>70</sup> El autor citado sintetiza su conclusión, subrayando que la interpretación de la norma (y —agregamos— la propia actividad del tribunal), para ser axiológicamente correcta, debe ser “previsora” y no imprevisora, temeraria o imprudente, debiendo auscultar las consecuencias y los resultados de la interpretación, tanto para el caso concreto como para el medio social en que su tarea se desenvuelve.<sup>71</sup>

No deje de repararse, para comprender el sentido y la utilidad que a nuestra elaboración prestan los comentarios volcados en los párrafos anteriores (aun cuando pudieran entenderse meramente tangenciales), que la institución del *amicus curiae* puede adquirir relevancia —como reite-

<sup>65</sup> Bachof, Otto, “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, en Häberle, Peter (coord.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 285 y ss.; aludido en *ibidem*, p. 180.

<sup>66</sup> García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 64, p. 183.

<sup>67</sup> Bachof, Otto, *op. cit.*, nota 65, pp. 302 y 303; mencionado en *ibidem*, pp. 183 y 184.

<sup>68</sup> Sagüés, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Buenos Aires, Depalma, 1998, p. 114.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 127.

radamente pusiéramos de manifiesto—en casos complejos o cuestiones que plantean un dilema ético o de otra índole y que la sentencia que las dirima probablemente no agotará sus efectos en la hipótesis concreta sino que podría ostentar fuerza expansiva hacia otros supuestos o procesos pendientes.

En tales hipótesis, las presentaciones de *amici curiae* podrían coadyuvar al enriquecimiento cualitativo del material sobre el cual la magistratura desenvolverá la tarea de ponderación cuando en los asuntos a dirimir converjan distintos principios —eventualmente antagónicos— y donde cada uno de los pasos o fases de la argumentación judicial<sup>72</sup> implica un llamamiento al ejercicio de valoraciones que conlleva cierto margen de discrecionalidad, patentizable sobre todo —como afirma Prieto Sanchís—, “cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación ‘coste-beneficio’ resulta casi inevitable”<sup>73</sup>.

Refiriéndose al neoconstitucionalismo, el catedrático citado en último término precisa que tal concepción implica una apertura al “judicialismo”—al menos desde la perspectiva europea—, “de modo que si lo que gana el Estado de derecho por un lado no lo quiere perder por el otro, esta fórmula política reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el con-

<sup>72</sup> Aunque quizás rudimentaria y obvia nuestra apreciación, recordamos que no sólo las partes en el proceso argumentan jurídicamente, sino que el juez también lo hace. Véase, por ejemplo, Andruet [h.], Armando S., “La sentencia judicial”, en Ghirardi, Olsen (dir.), *El razonamiento judicial*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2001, t. 4, pp. 59 y ss. Profundizando la precedente afirmación, se ha puntualizado acertadamente que la problemática de la argumentación —desde la óptica de su contenido o de su campo de aplicación—, se presenta en una doble perspectiva: una dialógica, dentro del debate que regla el proceso, dirigida a persuadir y convencer al juez en defensa de las posiciones asumidas por los contrarios, intentando destruir además los argumentos del adversario; y, la segunda, se desenvuelve como expresión de fundamentos y motivaciones que proporciona el juez en los considerandos de su decisión, intentando persuadir y convencer a sus primeros destinatarios, es decir, las partes en el contradictorio y a los receptores últimos que son la comunidad jurídica y la comunidad toda como beneficiaria del servicio de justicia. *Cfr.* Álvarez Gardiol, Ariel, “Motivación de las sentencias y razonabilidad”, en Ghirardi, Olsen (dir.), *El siglo XXI y el razonamiento forense*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, 2000, t. 3, pp. 11 y 12.

<sup>73</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, p. 29, en materiales de enseñanza del curso de postgrado Constitucionalismo y Democracia. Nuevos Paradigmas de la Teoría del Derecho, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002.

senso en torno a las decisiones judiciales”, sentido que tiene —a criterio de tal autor— la ponderación rectamente entendida.<sup>74</sup>

Más allá de la referencia al derecho europeo y a la discusión en tal escenario jurídico acerca de la búsqueda de un nuevo paradigma de la teoría del derecho (perfilando los contornos del Estado constitucional de derecho —neoconstitucionalismo—),<sup>75</sup> como líneas salientes que cabría extraer de los comentarios precedentes y extrapolar a nuestro derecho vernáculo, creemos de importancia poner el acento en la trascendente labor de *ponderación* a cargo de la magistratura, con cuyo eficaz y valioso desenvolvimiento podrían colaborar las presentaciones de *amici curiae* en orden a fortalecer el debate judicial y contribuir a la elaboración de sentencias que, abasteciendo la exigencia de razonabilidad,<sup>76</sup> generen paralelamente algún grado de consenso en la comunidad.<sup>77</sup>

Entiéndanse bien nuestras palabras e intención: mayor legitimidad democrática, no viraje al populismo o a la demagogia.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>75</sup> Prieto Sanchís puntualiza que el neoconstitucionalismo pareciera reclamar una nueva teoría del derecho, cuyos rasgos sobresalientes son: “más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas” (*ibidem*, p. 9).

<sup>76</sup> *Mutatis mutandi*, reenviamos a Prieto Sanchís, quien —luego de defender el método ponderativo— pone de manifiesto que el gran hallazgo de la jurisprudencia constitucional española es lo que suele conocerse con el nombre de juicio de razonabilidad y que representa el método característico para la aplicación de las genuinas normas constitucionales, y muy particularmente para la aplicación del principio de igualdad. Añade que una versión más depurada de la genérica razonabilidad nos la ofrece el principio o máxime de la proporcionalidad, que es el método habitualmente utilizado por los tribunales, constitucionales o no, para resolver la colisión circunstancial entre derechos fundamentales o, ya en general, el conflicto entre derechos y otros bienes constitucionales. Más adelante, advierte que en muchas ocasiones se utilizan las expresiones “proporcionalidad” y “ponderación” como sinónimas; sin embargo, aclara que, en realidad, parece que la ponderación representa la última fase del principio de proporcionalidad, esto es, lo que denomina como “proporcionalidad en sentido estricto”. Prieto Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*, Alicante, núm. 23, 2000, pp. 178-180 (nota 56).

<sup>77</sup> Para Atienza, una decisión jurídica es razonable en sentido estricto sólo si se toma en situaciones en que no se podría, o no sería aceptable, adoptar una decisión estrictamente racional; logra un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión; y obtiene un máximo de consenso. “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 108.

Desarrollando esta proposición, el objetivo no es teñir de populismo a la tarea judicial, sino predicar que en ciertos casos donde se patentice un relevante interés jurídico que exceda del propio y estricto de los litigantes, se permita la intervención de *amici curiae*, oyéndolos y, así, democratizando en cierta medida el debate, lo que —al menos, en principio— podría permitir al juez hacerse de variados elementos jurídicos y de ópticas diversas, y ver vigorizada su posición para sentenciar, al recabar una cierta dosis adicional de legitimación, justamente, a partir de haber hecho extensivas las vías de participación hacia otros sectores interesados de la comunidad.

*C. Sobre la llamada dificultad contramayoritaria de los jueces y la utilidad del amicus curiae para abrir canales de participación, enriquecer el debate y democratizar los procesos judiciales*

Si se contabilizan adhesiones al establecimiento institucional de la figura, conviene no perder de vista que incluso algunos autores que han incursionado seria y agudamente en el arduo problema de la dificultad contramayoritaria<sup>78</sup> de los jueces, trasuntando visiones críticas respecto del control judicial de constitucionalidad, conceden algún grado de utilidad al empleo del *amicus curiae*.

En efecto, Gargarella —luego de detallar las soluciones que tanto el conservadurismo como el populismo intentaban proporcionar frente al carácter contramayoritario del Poder Judicial— se aboca al examen de lo que denomina “soluciones ‘intermedias’ para el problema del control de las leyes”, catalogándolas como propuestas que tendieron a aceptar la práctica del predominio judicial en el control de las leyes, pero procurando “debilitar” sus rasgos más conservadores.<sup>79</sup> Dentro de tales mecanismos incluye a los “grupos de presión como respaldo a los sectores más desaventajados”, categoría que engloba a los *amici*, que —según aquel autor— constituyen un “muy beneficioso método de respaldo” a una

<sup>78</sup> Más allá de las referencias autorales que sobre el particular dispensaremos en el texto a continuación, es ineludible citar, entre otros, a Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

<sup>79</sup> Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 105.

cierta causa a través de la inclusión de escritos de apoyo.<sup>80</sup> Tal práctica —siempre en la visión autoral citada—, muy difundida en Estados Unidos de América, consiste en la presentación de alegatos que complementan a los ya dirigidos por las partes y suelen tener un peso importante al ser redactados muchas veces por personalidades o grupos de conocida trayectoria, contribuyendo a inclinar al tribunal hacia ciertos resultados mediante la influencia de nuevos argumentos otorgados por personas o instituciones de reconocidas seriedad y trayectoria.<sup>81</sup> Ya al momento del balance de las soluciones intermedias, que —en la percepción de Gargarella— aparecieron con el objeto de aliviar las críticas que solían dirigirse al carácter contramayoritario de la justicia, comenta que aquéllas ostentan un carácter meramente “remedial”, en tanto nunca ponen en cuestión la raíz conservadora propia del sistema que se procura modificar o morigerar y, en todos los casos, se sigue contando con un grupo de individuos especializados en el control de las decisiones constitucionales más básicas.<sup>82</sup>

Nino, por su parte, expone en términos epistémicos la mencionada *dificultad contramayoritaria* (como argumento negatorio del control judicial de constitucionalidad), sosteniendo que “parece reflejar un elitismo epistémico inaceptable presuponer que unos señores, por más ilustrados que sean, puedan llegar a conclusiones valorativas correctas en la soledad de sus despachos y bibliotecas, sin participar en el proceso de discusión pública con todos los interesados en una u otra decisión y sin que su decisión sea revisada en ese proceso de revisión pública”.<sup>83</sup> A continuación, admite que un proceso judicial implica alguna discusión, más en el sistema estadounidense que en el argentino, porque aquél presenta instituciones como los debates públicos, las acciones de clase o la intervención de *amicus curiae*, pero concluye que de ningún modo se trata de una discusión institucionalizada en la que participan, con igual oportunidad, todos los que están afectados por la norma que se toma como base de la decisión.<sup>84</sup> Cuando el autor citado reseña algunos “argumentos para excepcionar el argumento negatorio”, incluye al de los jueces como contro-

<sup>80</sup> *Ibidem*, pp. 105-107.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>82</sup> *Ibidem*, pp. 114 y 115.

<sup>83</sup> Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 685.

<sup>84</sup> *Idem*.

ladores del proceso democrático, y dentro de éste y llevándolo al plano de la discusión en nuestro país, apunta a una revisión radical de la doctrina de las cuestiones políticas, precisando que lo que se requiere de la Corte Suprema es que muestre su activismo respecto del proceso político, *promoviendo y ampliando el proceso democrático, al abrir nuevos canales de participación y fortaleciendo la representación, sobre todo, de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso.*<sup>85</sup> En torno a ello, sostiene que *tal activismo requiere hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial*, por vía —*inter alia*— de la intervención de *amicus curiae* (las cursivas son mías).<sup>86</sup>

Por último, Carrió, en contrapunto con los anteriores, defiende (condicionadamente) la *Judicial Review* y alude a lo que denomina el “control ‘democrático’” de ésta, aseverando que una reforma interesante sería introducir la institución del *amicus curiae*, ya que el debate judicial adquiriría con ella una apertura y una amplitud de integración que no tienen hoy, en medida suficiente, nuestros procedimientos contradictorios, añadiendo que *el debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra*<sup>87</sup> —las cursivas son mías—.

Previo a dar paso a las apreciaciones finales, permítasenos aclarar que el recorrido precedente por las citadas visiones autorales no ha perseguido una mera descarga de palabras para abultar la extensión de este tópico con ideas ajena, sino que ha sido pensado para colacionar serias y valiosas posiciones doctrinarias que, aun con ciertas diferencias palpables y recorriendo diversas líneas argumentativas, evidencian —en lo que aquí interesa— un punto de confluencia: asignan —con alguna matización o con mayor o menor grado de efusividad— una calificación elogiosa al *amicus curiae* como mecanismo que permite flexibilizar los criterios de participación en los procesos y democratizar el debate judicial, lo que —por cierto— no es un dato irrelevante.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 696.

<sup>86</sup> *Idem*.

<sup>87</sup> Carrió, Genaro R., “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*”, varios autores, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, Cuadernos y Debates, núm. 29, p. 162.

## VII. CONCLUSIONES

Para finalizar este trabajo, ponemos a consideración del lector las siguientes apreciaciones:

1. El examen de las experiencias del derecho comparado estatal y de diversas instancias iusinternacionales arroja que la figura tiene un uso bastante extendido, constatándose su funcionalidad —*inter alia*— en algunos campos sensibles de la discusión jurisdiccional (materia antidiscriminatoria, eutanasia, aborto y en otras facetas de la bioética y de los derechos humanos).

Por tanto, y entre otros empleos, los *amici curiae* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resolución de cuestiones controversiales y que presenten significativos dilemas éticos o de otra índole. En ese sentido, y empleando analógicamente la categorización de Dworkin,<sup>88</sup> podrían resultar útiles recursos para operar en los casos difíciles, es decir, aquellos en los que, por ejemplo, no exista certeza, sea porque converjan varias normas que determinan sentencias distintas (en tanto tales previsiones normativas son contradictorias), sea porque no exista norma exactamente aplicable.

2. En materia de *amicus curiae*, como respecto de otras instituciones jurídicas de cuya eventual extrapolación al escenario jurídico interno pudiera columbrarse alguna dosis de utilidad procesal y/o sustancial, es conveniente visualizar seria y detenidamente las experiencias del derecho comparado, para verificar la potencial viabilidad de importarla, pero siempre cuidando de utilizar de ella lo aplicable, es decir, lo que pueda resultar adecuado a nuestra idiosincrasia jurídica y compatible con ella, evitando implantes artificiales e indiscriminados.

3. Para caracterizar primariamente al asistente oficioso puede afirmarse que éste no reviste calidad de parte ni mediatisa, desplaza o reemplaza a éstas; debe ostentar un interés justificado en la decisión que pondrá fin al pleito en el que se presenta, interés que deberá exceder el de los directamente afectados por la resolución concreta; su actuación no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal; además de que, entre otros aspectos que lo tipifican, el memorial que dirija al tribunal no constituye un informe pericial.

88 Véase *supra* nota 29.

Asimismo, puede constituir una herramienta válida para funcionar en la resolución de cuestiones que resulten controversiales y entrañen significativos dilemas éticos o de otra índole, por ejemplo, de análisis constitucional de una normativa de importancia o sensibilidad sociales, en las que la decisión a recaer sea susceptible de marcar una guía jurisprudencial para otros casos pendientes.

En otras palabras, asuntos en los que esté en juego un interés público relevante cuya dilucidación judicial ostente una fuerte proyección o trascendencia colectivas.

4. En torno a las implicaciones constitucionales de la institución, no se alcanza a vislumbrar que, al menos abiertamente, exista cláusula o principio algunos de nuestra ley fundamental que resulten comprometidos o en pugna al habilitar la participación del *amicus curiae* en el proceso, aun sin ley que lo consagre normativamente.

5. La carencia de una previsión legal expresa que lo regule en forma generalizada en el ámbito jurídico argentino, no es óbice para su planteo por el interesado y la posterior admisión por parte del tribunal actuante, sin perjuicio de lo cual sería conveniente —por razones de seguridad jurídica y predictibilidad— se sancionara una preceptiva específica que demarcara los lineamientos funcionales básicos de aquélla, en orden a delimitar con nitidez la índole, el alcance y los efectos de la participación procesal que habría de conferírsele y alejar de tal manera el riesgo que supone el dictado de respuestas jurisdiccionales intercadenas. Aquellos trazos normativos serían, a su vez, complementados y pormenorizados por la praxis jurisdiccional que vaya desplegándose en derredor de la figura.

Sin perjuicio de la inexistencia de aquella ley general que lo institucionalice, en la actualidad pueden officiar como interesantes pautas referenciales los lineamientos que, por vía reglamentaria, ha proporcionado la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del Acuerdo núm. 28/2004.

6. En el marco jurídico argentino, la institución cobra mayor relieve a partir del grado de desarrollo adquirido por el derecho internacional de los derechos humanos, la envergadura de los instrumentos internacionales en dicha materia *vis-à-vis* el derecho doméstico y la fuerza que receptan los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectores en las instancias internacionales,

a cuyos repertorios de precedentes (por ejemplo, en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y jurisprudencia (por ejemplo, en el de la Corte Interamericana) deberían adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en el escenario judicial local, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y por la doctrina judicial de la Corte Suprema.

Aunque sobreabundante, no debería olvidarse que la dotación de jerarquía constitucional a un nutrido plexo de instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la ampliación *ex post* de tal nómina de documentos con valencia constitucional; la instauración del principio *pro homine o favor libertatis*; el añadido de una vertiente sustancial, complementaria de la formal, al principio de igualdad, que viene a intensificar el ingrediente de constitucionalismo social que compone la variada textura ideológica de nuestra norma básica; la necesidad de su aseguramiento a través de acciones positivas; y la circunstancia de que tal compacto de factores está envuelto y recorrido por el caudal axiológico que les suministra el imperativo preambular de “afianzar la justicia”;<sup>89</sup> son elementos que irrecusablemente generan la implicación de todas las autoridades públicas en tales menesteres, incluidos obviamente los magistrados judiciales.

En un escenario de semejante magnitud, el *amicus* está llamado a cumplir un rol relevante en la medida que puede proporcionar a los magistrados actualizadas pautas atinentes a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, por parte de —por ejemplo— los aludidos órganos del sistema protectorio interamericano, espectro en el que no cabe soslayar que los documentos internacionales recipiendarios de jerarquía constitucional por conducto de la reforma de 1994 (y los añadidos con posterioridad según el procedimiento del artículo 75, inc. 22, *in fine*) valen tanto como la propia carta magna y representan, al igual que el texto y el espíritu de la Constitución formal, parámetros para el contralor de constitucionalidad de la normativa legal e infralegal.

<sup>89</sup> Sobre el punto, entre otros trabajos, véase de Bazán, Víctor, “El imperativo preambular histórico de ‘afianzar la justicia’, su vigencia y algunos desafíos y exigencias que impone a la Corte Suprema de Justicia”, en varios autores, *Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003, t. I, pp. 303-336.

7. La tendencia jurisprudencial de los órganos judiciales federales cuyos precedentes fueran reseñados *supra*, marca que —satisfchos ciertos recaudos— se ha admitido la participación de *amici curiae* soslayando la inexistencia de ley que plasme institucionalmente la figura, lo que nos parece una solución digna de encomio.

Por otra parte, se va abriendo una línea de doctrina judicial que abandona la suerte de autorrestricción inicial en cuanto a acoger solamente los escritos formulados por organizaciones no gubernamentales con un especial interés en la cuestión discutida y que acrediten versación en la misma, para pasar a autorizar, también, la intervención de particulares y hasta de órganos del propio Estado, como es el caso del procurador penitenciario, situación esta última que —como vimos— hoy ha quedado institucionalizada mediante la sanción de la ley 25.875 (artículo 18, inciso e).

8. El temperamento adoptado por la Corte de Justicia de la Nación, al aprobar —por mayoría— el Acuerdo núm. 28, de 14 de julio de 2004, resulta desde nuestro punto de vista sumamente elogiable, pues despojándose de cualquier percepción formalista, sin necesidad de *interpositio legislatoris* y reivindicando facultades propias, ha habilitado y reglamentado la intervención de “Amigos del Tribunal” en las causas sometidas a su jurisdicción originaria o apelada.

Trasuntando su criterio favorable a la constitucionalidad de la institución, la corte la ha catalogado laudatoriamente como un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, en los casos en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, siempre que los “Amigos del Tribunal” cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso.

Habrá que aguardar que, con efectos expansivos, tal inquietud del máximo órgano judiciario nacional oficie como instrumento inductor de decisiones semejantes por parte de los superiores tribunales de provincia.

9. Aun cuando refiriéndose específicamente al derecho estadounidense, pero en reflexión provechosa para nuestra propia praxis jurídica, se ha puntualizado que la utilidad del *amicus curiae* es que permite transformar una acción de inconstitucionalidad entre dos partes en un debate amplio sobre la inconstitucionalidad de una norma, ya que toda persona

o sector interesados en la problemática pueden presentar memoriales sobre la cuestión federal planteada, lo que permite conocer todos los argumentos posibles sobre el punto, facilitando la acción de los jueces al tomar conocimiento de elementos que las partes no habrían incorporado.<sup>90</sup> Precisamente aquella amplitud del debate —se ha añadido— es lo que permitirá que el precedente constitucional que surja de la sentencia tenga verdadera ejemplaridad.<sup>91</sup>

En sintonía con esto, y al modo como fuera expuesto anteriormente, el *amicus curiae* presenta una destacada raíz democrática y su intervención entraña, conforme lo enseñado por Nino, una herramienta para hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial en el marco del activismo judicial, actitud esta última que se muestra fructífera para promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación, sobre todo, de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso.<sup>92</sup>

Convergentemente, y en el marco de las reformas que propone para el mejoramiento democrático de la *Judicial Review*, Carrió considera que una modificación de interés en tal dirección sería incorporar la figura que abordamos en este trabajo, dado que el debate judicial adquiriría con ella una apertura y una amplitud de integración que no tienen hoy, en medida suficiente, nuestros procedimientos contradictorios, añadiendo que *el debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra*<sup>93</sup> —las cursivas son mías—.

10. Hemos de subrayar la trascendente labor de ponderación que —al dirimir los conflictos judiciales— en múltiples ocasiones lleva adelante la magistratura, técnica para cuyo eficaz y valioso desenvolvimiento podría prestar colaboración el *amicus curiae* en orden a fortalecer el debate judicial y contribuir a la elaboración de sentencias que, abasteciendo la exigencia de razonabilidad, generen, correlativamente, algún grado de consenso en la comunidad.

En modo alguno desde estas líneas alentamos un deslizamiento de la tarea judicial hacia el populismo o la demagogia, sino y simplemente, nos permitimos observar que en determinados casos en los que converja

<sup>90</sup> Sola, Juan V., *op. cit.*, nota 11, p. 96.

<sup>91</sup> *Idem*.

<sup>92</sup> Nino, Carlos S., *op. cit.*, nota 83, p. 696.

<sup>93</sup> Carrió, Genaro R., *op. cit.*, nota 87.

un interés jurídico relevante que exceda del propio y estricto de las partes, no es irrazonable abrir procesalmente la causa a la intervención de asistentes oficiosos, para oír sus argumentos y democratizar el debate, lo que —al menos, en principio— podría permitir al juez proveerse de variados elementos jurídicos, y al franquear la opinión a diversos sectores, fuera de los litigantes, tonificar cualitativamente su posición para sentenciar, al haber recabado una cierta dosis adicional de legitimación para desarrollar la trascendente misión jurisdiccional que le viene deferida.

11. A modo de balance preliminar, debe destacarse que se está ante la presencia de una institución laudable, que, utilizada dentro de ciertos cañones (coherentes con nuestra fisonomía jurídica y ceñidos a determinadas condiciones, por ejemplo, evitar que perturben o entorpezcan la normal marcha de los procesos y afecten la economía procesal y los legítimos derechos de las partes, caso en el que —en puridad— no serían *amicus* sino *enemicus*),<sup>94</sup> ostenta aptitud para brindar mayor transparencia a las decisiones jurisdiccionales de interés público y puede encarnarse como un relevante vehículo para fortalecer, transparentar y democratizar el debate judicial y, por extensión, para asegurar —en la medida de lo posible— la garantía del “devido proceso”, que involucra —*inter alia*— la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión eminente en cabeza de los jueces, quienes cifran buena parte de su legitimidad en la racionalidad de sus decisiones.<sup>95</sup>

En otras palabras, reivindicar al *amicus curiae* como herramienta idónea para preservar lo que Morello (haciéndose eco de la doctrina española

<sup>94</sup> Además de que el tribunal actuante, al dirimir la cuestión, tampoco estaría obligado a analizar uno a uno los argumentos aportados en las diversas presentaciones de los *amicis*. El juego de palabras que empleamos en el texto (*amicus-enemicus*) lo tomamos de una referencia que, acerca de la institución del asistente oficioso, nos fuera realizada por el profesor Fabián Salvioli en una conversación informal que mantuviéramos al respecto.

<sup>95</sup> La oración que cierra el texto parafrasea una apreciación de Marina Gascón Abellán, quien en un certero párrafo precisa: “Los estudios relativos a la argumentación jurídica, y singularmente judicial, así como a la función y posición de los tribunales en un sistema normativo evolucionado, han conocido un extraordinario desarrollo en las últimas décadas. Acaso esto pueda obedecer a que, de entre todos los operadores jurídicos, son los jueces los únicos que verdaderamente argumentan sus decisiones o, cuando menos, quienes han ido produciendo un estilo más depurado y persuasivo; desde luego, ni las exposiciones legales de motivos ni las motivaciones administrativas presentan tales perfiles, *tal vez porque tanto el poder legislativo como el ejecutivo cifran su legitimidad en la justificación de su origen más que en la racionalidad de sus decisiones*” —las cursivas son mías—. *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 9.

la e italiana) denomina el proceso justo constitucional desde la perspectiva del justiciable, o sea, de quien reclama a la jurisdicción la tutela efectiva.<sup>96</sup>

En esa línea de razonamiento, es factible que la intervención de *amici* coadyuve a un mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social<sup>97</sup> al poner en escena argumentos públicamente ponderados<sup>98</sup> y, como se afirma en la parte considerativa del Acuerdo núm. 28/2004 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, que paralelamente colabore en el resguardo del más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, en tanto que dicha figura se inscribe en el objetivo de afianzar la justicia entronizado por el preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo,<sup>99</sup> pues no debemos olvidar que dicho segmento preambular de la ley fundamental ostenta valencia jurídico-normativa y recepta trascendente utilidad como pauta de orientación hermenéutica.



<sup>96</sup> Morello, Augusto M., “Del debido proceso y la defensa en juicio al proceso justo constitucional”, *La Ley*, Buenos Aires, 2003-D, pp. 1164 y 1165.

<sup>97</sup> Cfr. Trionfetti, Víctor R., “La presentación del *amicus curiae* para enriquecer el debate judicial”, *XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Paraná, Entre Ríos, Argentina, 12-14 de junio de 2003, t. II, p. 109. Agrega tal autor que la figura, asimismo, contribuye a diluir los aspectos contramayoritarios negativos del control judicial de constitucionalidad. *Idem*.

<sup>98</sup> Abregú, Martín y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 55, p. 388.

<sup>99</sup> Cfr. considerando 2o., párr. 1o., del señalado acuerdo de la corte.