

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Año 1 N° 1 ISSN 0718-0195

Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003



Universidad de Talca. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales

Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile

Correo electrónico: cecoch@utalca.cl **Página Web:** www.cecoch.cl

EL *AMICUS CURIAE* Y LA UTILIDAD DE SU INTERVENCIÓN PROCESAL: UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO, CON PARTICULAR ÉNFASIS EN EL DERECHO ARGENTINO

Víctor Bazán (*)

RESUMEN

En el presente trabajo el autor analiza la génesis de la figura del *amicus curiae*, su pasaje al derecho inglés y su posterior canalización hacia otros ámbitos jurídicos en los que impera el *Common Law*. Asimismo, delinea los ejes básicos del instituto, las transformaciones que sufre desde su plasmación originaria hasta la actualidad y las perspectivas y potencialidades funcionales que brinda, tanto en el ámbito del derecho doméstico como en la dimensión propia de las instancias iusinternacionales. Posteriormente, acomete un señalamiento de las experiencias legislativas que en Argentina lo estructuran expresamente y de ciertos proyectos de ley articulados ante el Congreso de la Nación.

A continuación, recorre distintos precedentes jurisprudenciales argentinos en los que se ha dado participación a *amici curiae*. En el tramo final del trabajo se interna en el análisis de relevantes cuestiones atinentes a la constitucionalidad del

(*) Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público y Comunitario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, Argentina. Miembro Titular e integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, desempeñándose en ésta como secretario de la sección derecho internacional de los derechos humanos. Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Procesal.

Artículo recibido el 25 de agosto de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 29 de septiembre de 2003.

Correo electrónico: vicba2002ar@yahoo.com.ar

amicus curiae, a la indispensabilidad o no de dictar una ley para habilitar su participación procesal, y, entre otros puntos de interés, a si tal intervención podría o no vulnerar el principio *iura novit curiae*.

En definitiva, el ensayo pretende realizar un balance que lleve a discernir si se está o no ante la presencia de una institución idónea para aportar en favor de la preservación del debido proceso, la democratización del debate procesal y la transparencia de las decisiones jurisdiccionales complejas o de interés público.

Derecho público. *Amicus curiae*. Constitucionalidad. No imprescindibilidad del dictado de una ley para su admisión. Debido proceso. Debate judicial. Casos difíciles. Transparencia de las decisiones jurisdiccionales de interés público. Derecho Comparado.

PRELIMINAR

En el presente trabajo nos proponemos verter algunas reflexiones generales sobre el *amicus curiae*, ponderar la eventual incidencia o utilidad de éste 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 contexto de la indagación que nos propusiéramos, entre otros puntos, abordaremos sucesivamente: una referencia a la génesis de la figura, a su trasvasamiento al derecho inglés¹ y su posterior canalización hacia otros ámbitos geográficos donde impera el *Common Law*²; 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 repaso de las experiencias legislativas de nuestro país que lo estructuran expresamente y de determinados proyectos de ley

¹ 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, 2001. **Una introducción al 'Common Law'**. México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 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 (*ibid.*, p. 18).

² 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 Norteamérica, la India, Australia, Nueva Zelanda, y a grandes sectores del África y del sudeste asiático (cfr. Zweigert, Konrad y Kötz, Heinz, 1992. **An Introduction to Comparative Law**. Gran Bretaña, 2ª ed., Oxford University Press, p. 227; cit. por Morineau, Marta, *ibid.*, pp. 46/47).

articulados ante el Congreso de la Nación que, hasta ahora, no lograron convertirse en normativa vigente; un recorrido por algunos eslabones jurisprudenciales que se han verificado en torno del *amicus curiae* y el planteamiento de la incógnita que se genera acerca de si la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, también CSJN) se mostrará explícitamente permeable o refractaria frente a la posible intervención de asistentes oficiosos en procesos radicados en su seno; y, por último, y previo a dar paso a ciertas apreciaciones que clausurarán el trabajo, nos entregaremos a enunciar y a adelantar alguna opinión en punto a determinadas cuestiones de interés vinculadas con la problemática en análisis y su eventual despliegue prospectivo.

Anunciado brevemente el itinerario por recorrer, nos permitimos aclarar inicialmente que, desde el punto de vista terminológico, en el trabajo que ponemos a consideración del lector emplearemos con idéntico alcance semántico las expresiones “*amicus/amici curiae*”, “amigo/s del tribunal” y “asistente/s oficioso/s”.

II. GÉNESIS DEL *AMICUS CURIAE* Y EVOLUCIÓN DEL EMPLEO DE LA FIGURA EN EL DERECHO COMPARADO ESTATAL Y EL DERECHO 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 RÚA³. Sólo recordaremos que los primeros antecedentes de aquella pueden ubicarse en el derecho romano y luego en el derecho inglés, siendo la figura posteriormente receptada y desarrollada en el escenario jurídico norteamericano y en otros países de habla (o influencia) inglesa. Por ejemplo, y en referencia a estos últimos, pueden compulsarse la *Rule 18* de la Suprema Corte de Canadá; la Orden IV, par. 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]⁴.

En tren de brindar algún ejemplo de su empleo reciente en el Reino Unido, entre numerosos casos podría computarse el de ‘Jodie and Mary’, fallado el 22 de setiem-

³ Cfr. Cueto Rúa, Julio C., 1988. “Acerca del ‘*amicus curiae*’”. *La Ley*, 1988-D, Buenos Aires, Argentina, p. 721.

Como comentario al margen, sería injusto no reconocer que el citado trabajo del Dr. Cueto Rúa constituye un aporte pionero, visionario y útil al estudio de la institución en el marco doctrinario argentino.

⁴ Cfr. Umbricht, Georg C., 2001. “An ‘*Amicus Curiae* Brief’ on *Amicus Curiae* Briefs at the WTO”. *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, p. 780, nota 32 a pie de página.

bre de 2000 por una Corte de Apelaciones en Gran Bretaña⁵ 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 conflicto⁶. 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 razonables 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 continuaran 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 padres⁷.

Por su parte, en EE.UU. los *amici curiae* también han tenido protagonismo⁸ en sonados casos de la Corte Suprema de aquel país, como los relativos a materia antidiscriminatoria (v.gr., ‘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 solicitaban⁹).

⁵ Court of Appeal re A (Children), Ward, Brooke, y Walker, Judgement delivered 22 September 2000, en *Bulletin of Medical Ethics*, number 161, september 2000, pp. 17 y ss.; cit. 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 [coordinador], 2003, **Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles**, libro en reconocimiento al Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos. Buenos Aires, Argentina, Ediar, p. 328.

⁶ Hooft, Pedro Federico; *idem*.

⁷ *Idem*.

⁸ 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 norteamericanos a copiar programas de televisión en sus hogares por medio de grabadoras de *videotape*, tales como aquellas fabricadas por Betamax (cfr. Abraham, Henry J., 1993. **The Judicial Process**. Oxford University Press, p. 239).

⁹ 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.

Vinculado con ello, Böhmer precisa que los casos que la Corte Suprema norteamericana 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 de la gran cantidad de capital social acumulado previamente a la decisión del Tribunal¹⁰.

Ciertamente, se trata de una práctica muy extendida en el derecho norteamericano. De hecho, en las Reglas (*Rules*) del Alto Tribunal (de 11 de enero de 1999), se hace referencia a los *amici curiae* en diversos pasajes: Reglas 21.2. 'b', 21.4, 28.7, 29.6, 44.4 y, fundamental y específicamente, en la n° 37, la que con claridad deja al descubierto cuál es el criterio imperante a la hora de meritarse la calidad de las presentaciones que en tal carácter se le formulen, al disponer (en su pto. 1) que un memorial (*brief*) de un *amicus curiae* que destaca a la Corte una *cuestión relevante que las partes aún no le han señalado*, puede brindarle una ayuda considerable (énfasis propio); contrariamente, un memorial (*brief*) que no persigue este propósito dificulta la tarea de la Corte y su presentación es vista con disfavor¹¹.

En línea con lo anterior, y siempre en el contexto jurídico norteamericano, 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 legítimas¹².

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*)¹³ 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 Suprema¹⁴.

¹⁰ Böhmer, Martín, "Introducción a los *Amici Curiae*", en *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, N° 4, segundo semestre de 1997, Número monográfico: 'Problemas al final de la vida: Definición de muerte. Eutanasia. Muerte asistida'. Buenos Aires, Argentina, FLACSO, Universidad de Buenos Aires, pp. 101/102.

¹¹ Para la referencia a las Reglas de la Suprema Corte de Justicia de EE.UU., hemos consultado la traducción al español realizada por la Dra. Mercedes de Urioste, quien presta funciones en la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y que gentilmente nos hiciera llegar su trabajo.

¹² Sola, Juan V., 2003. "El recurso extraordinario y el debate constitucional", en el 'Número especial: Recurso extraordinario federal' coordinado por Néstor P. Sagüés con la colaboración de Héctor E. Sabelli, *LexisNexis - jurisprudencia Argentina*. Buenos Aires, Argentina, 26 de marzo de 2003, p. 95.

¹³ Una referencia al *writ of certiorari* norteamericano y a sus diferencias esenciales con el argentino, puede consultarse en Sabelli, Héctor E., 2003. "El rechazo 'sin motivación' del recurso extraordinario cuando la cuestión federal es intrascendente, ¿es constitucional? (sobre el *certiorari* criollo)", loc. cit. nota anterior ['Número especial:...'], pp. 68/86, en esp. pp. 78/79.

¹⁴ Las consideraciones vertidas en el párrafo al que la presente referencia a pie de página alude, corresponden a Sola, Juan V.; *idem* nota 12.

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. Por ejemplo:

- *La Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos*: ante esta última, 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 arts. 62.3 y 44.3 del Reglamento de la Corte¹⁵;
- *el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*: cabe fundamentalmente tener en consideración el art. 36 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de acuerdo con lo establecido por el art. 1 del Protocolo N° 11¹⁶, 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 ap. 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;
- *el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* (cfr. Norma 74 de las Reglas de Procedimiento): 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 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

¹⁵ Nos referimos al actual Reglamento del Tribunal que, con las últimas modificaciones realizadas a su texto, entrara en vigor el 1 de junio de 2001 (cfr. Resolución del 24 de noviembre de 2000). El aludido Reglamento fue aprobado por la Corte en su XLIX período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000.

¹⁶ Protocolo que entrara en vigor en noviembre de 1998.

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 toda¹⁷; y

- 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 *amici 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 States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products” (de 6 de noviembre de 1998) produjo una interpretación amplia del art. 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 *amici curiae*¹⁸. Ya en el nivel apelatorio, en “United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom” (7 de junio de 2000), el Cuerpo de Apelación argumentó que, a la luz del art. 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 útil¹⁹.

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.

¹⁷ Ver caso “El Fiscal c. Simic”.

¹⁸ Umbricht, Georg C., op. cit., p. 775.

¹⁹ *Ídem*.

III. ESBOZO DE LOS LINEAMIENTOS BÁSICOS QUE CARACTERIZAN A LA FIGURA

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 sucintas 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 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 auspicia²⁰.

Como con realismo afirma CUETO RÍA, 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 que el ‘amicus’ es el ‘amicus’ del actor o el demandado*²¹—énfasis añadido—.

Avanzando en nuestra reflexión, cabe destacar que el asistente oficioso no reviste calidad de parte ni mediatiza, 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 norteamericano, 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...” —énfasis del original—²².

²⁰ 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*, Tº 72, 1963, p. 694).

²¹ Cueto Ría, Julio C.; op. cit., p. 723.

²² Abraham, Henry J.; op. cit., p. 236.

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 vernácula, los escritos pueden ser presentados no solamente por particulares (personas individuales, grupos de individuos, ONGs, etc.), sino también por órganos del Estado²³, v.gr., en el caso argentino, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de acuerdo con el art. 7 de la ley 24.488 (punto sobre el que volveremos); el Procurador Penitenciario²⁴, por ejemplo, como lo hiciera ante la Cámara Nacional Electoral en la causa 'Mignone', dirimida en definitiva por la CSJN el 9 de abril de 2002²⁵.

2. Particular relevancia en la resolución de cuestiones dilemáticas

Como pudimos apreciar en la reseña anterior sobre determinados casos de los derechos inglés y norteamericano (ap. 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 a 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 (v.gr., los 'desaparecidos' en la última dictadura militar argentina y las flagrantes violaciones a los derechos humanos cometidas en aquella época; virtualidad jurídico-constitucional de las leyes de "obediencia debida" y "punto final" –problemática sobre la que retornaremos–; autorización para proceder a la interrupción del embarazo por anencefalia; aborto; eutanasia).

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 argumentos²⁶.

²³ En el ámbito jurídico norteamericano es moneda corriente que los *amici curiae* sean presentados (además de, v.gr., 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, ver por ejemplo, Stumpf, Harry P., 1998. **American Judicial Politics**. Prentice Hall, pp. 401 y 402.

²⁴ 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 extraescalafonario con rango y jerarquía de Subsecretario, para ejercer sus funciones en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, al que –cfr. el art. 9 del señalado decreto– informará periódicamente de lo actuado, debiendo hacer lo propio, anualmente y por intermedio del Poder Ejecutivo, al Congreso de la Nación –*ibid.*–

²⁵ Para mayores referencias sobre tal precedente, *vid. infra*, subap. VI.1.D.

²⁶ Böhmer, Martín; op. cit., pp. 101/102.

Empleando analógica y figurativamente la categorización dworkiniana²⁷, podrían resultar útiles recursos para operar en los *casos difíciles*, es decir, aquellos en los que *—inter alia—* exista incerteza, 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; conclusión que puede arriesgarse a poco de reparar en ciertos rasgos que tipifican a este último, tales como el alto 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 protectorios en las instancias internacionales (por ejemplo, la Comisión y la Corte Interamericanas 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 art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (nueva clave de bóveda para una interpretación *aggiornata* de la Ley Fundamental) y por la propia jurisprudencia de la CSJN (v.gr., *in re* 'Girolodi'²⁸ y 'Bramajo'²⁹).³⁰

²⁷ Ver Dworkin, Ronald, 1999. **Los derechos en serio**. Barcelona, España, trad. de Marta Guastavino, 4ª reimpres., Ariel, pp. 146/208, y el interesante prólogo de Albert Calsamiglia que, bajo el título "Ensayo sobre Dworkin", presenta la obra (*vid.*, concretamente, p. 13).

²⁸ Fallo del 7 de abril de 1995. Compulsar su texto, v.gr., en *Jurisprudencia Argentina*, 1995-III. Buenos Aires, Argentina, pp. 570/573.

²⁹ Sentencia del 12 de setiembre de 1996. Ver texto de la misma, por ejemplo, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV. Buenos Aires, Argentina, pp. 439 y ss.

³⁰ 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 descripto una trayectoria jurisprudencial *ondulante*, pues siguiendo los lineamientos sentados en 'Girolodi', 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*, 1999-II. Buenos Aires, Argentina, pp. 346 y ss.) aclaró que si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el 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; ver *La Ley*, 2001-B. Buenos Aires, Argentina, pp. 62 y ss.), causa públicamente conocida como una de las vinculadas con el copiamiento de 'La

En un escenario con características de tal magnitud, los *amici curiae* pueden 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 recipients 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. LAS EXPERIENCIAS LEGISLATIVAS EN NUESTRO PAÍS

1. En el orden nacional

En el ámbito nacional, un antecedente a computar acerca de la institucionalización de la figura, puede ubicarse en la ley 24.488 de 1995³¹, sobre 'Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante tribunales argentinos', que, concretamente en su art. 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'*" [énfasis propio].

Tablada' (vid. considerando 6° de la mayoría) –en todos los casos el énfasis debe ser atribuido– y, de algún modo, también (por mayoría) en "A.89.XXXV., Recurso de hecho, 'Alonso, Jorge Francisco s/ recurso de casación –causa N° 1813–'", resuelta el 19 de septiembre de 2002 [una referencia crítica a lo resuelto en 'Felicetti', puede verse en Bazán, Víctor, 2000. "Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos", *Revista de Derecho Constitucional*, N° 3, julio-diciembre 2000. Caracas, Venezuela, Edit. Sherwood, pp. 15/44].

³¹ Sancionada el 31/05/95; promulgada parcialmente el 22/06/95, y publicada el 28/06/95. Fue vetada en forma parcial por medio del decreto 849/95 (sancionado el 22/06/95 y publicado el 28/06/95), dejando sin efecto el art. 3 del proyecto legislativo de mención, que establecía –en su parte sustancial– que si se presentaren demandas ante los tribunales argentinos contra un Estado extranjero invocando una violación al derecho internacional de los derechos humanos, el tribunal interviniente se limitaría a indicar al actor el órgano de protección internacional en el ámbito regional o universal ante el que podría formular su reclamo, si correspondiere.

Al fundamentar la observación, se dejó sentado que aquella previsión se consideraba contraria a lo dispuesto por el art. 46, inc. 1, ap. 'a', de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por ley 23.054 y con rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22, en cuanto para la admisión por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de una petición o comunicación se exige que previamente se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna.

Además, el veto señala que tienen idéntico rango constitucional a aquella la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, delitos que pueden dar lugar a responsabilidad civil, por lo que se juzgaba impropio denegar el acceso a la justicia para demandar respecto de tales supuestos.

Colateralmente, permítasenos recordar que tal norma establece como principio general que los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, pero en los términos y las condiciones fijados en dicha ley (art. 1), pasando a detallar una extensa serie de casos en que tales Estados foráneos no podrán invocar esa inmunidad (art. 2). La posición que legalmente se adopta queda, así, en línea con la tendencia que venía patentizando hasta entonces el derecho internacional y la propia postura jurisprudencial de la CSJN, superando la antigua teoría de la inmunidad jurisdiccional absoluta y algunos inconvenientes aparejados por el art. 24, inc. 1, del decreto-ley 1.285/58 y el decreto 9.015/63, que realizó un añadido al segundo párrafo del art. 24, inc. 1, del aludido decreto-ley 1.285/58³².

UZAL valora positivamente la figura del *amicus* introducida por la ley 24.488, pues considera que permitirá que el Estado Nacional, como parte interesada en velar por la armonía de las relaciones exteriores del propio país, acerque al tribunal las pautas necesarias para mensurar en todo su alcance las consideraciones políticas que permitan encuadrar el caso dentro del principio general del art. 1 ó, en su defecto, dentro de las excepciones del art. 2³³. La citada autora añade que la intervención del “amigo del tribunal”, en tanto órgano del Estado no está sujeta a consentimiento, dado que tal exigencia sería innecesaria cuando quien se presenta como *amicus* es el propio gobierno o una de sus dependencias, no pudiendo oponerse a ello las partes del proceso; asimismo, destaca que el propio órgano jurisdiccional está facultado para solicitar a organismos del Estado que se hagan presentes en el litigio³⁴. Por lo demás, y en lo que respecta al momento en que la presentación del *amicus* debería formalizarse, la autora entiende que podría hacerse en todo momento, siendo recomendable hacerlo —a modo de alegato— previo al dictado de la sentencia de primera instancia, aunque no se muestra contraria al posible acogimiento de una primera intervención incluso ante la alzada o la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁵.

2. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Por su parte, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (TSJ) las pautas para la participación en el proceso de los asistentes oficiosos han sido fijadas normativamente por medio de la ley 402³⁶ (de Procedi-

³² Ver, para ampliar, Rizzo Romano, Alfredo H., 1996. **El Estado y los organismos internacionales ante los Tribunales extranjeros**. Buenos Aires, Argentina, Plus Ultra, pp. 125/129 y 235/251.

³³ Uzal, María Elsa, 2003. “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados extranjeros (El rol del Estado argentino como ‘*amicus curiae*’”, *La Ley*, Buenos Aires, Argentina, 13 de mayo de 2003, p. 4.

³⁴ *Ibid.*, pp. 4/5.

³⁵ *Ibid.*, p. 5.

³⁶ Tal ley fue sancionada el 08/06/2000, promulgada por decreto 956 del 06/07/2000 y publicada en el B.O.C.B.A. el 17/07/2000.

mientos ante el Tribunal), concretamente, en su art. 22 y en el marco del ejercicio de la acción declarativa de inconstitucionalidad³⁷.

Es del caso reseñar que en el dictamen que las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia presentaron a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aconsejando la aprobación de la aludida ley³⁸, se pusieron de manifiesto algunas pautas relativas a la institución que se proyectaba incorporar, las que serán sintetizadas a continuación³⁹:

- Es un rol que puede asumir cualquier persona y consiste en asistir al tribunal, brindándole información, opiniones, llevando a cabo una investigación o de cualquier otro modo; pudiendo, asimismo, llamar la atención del Tribunal sobre alguna cuestión jurídica que haya escapado o pudiera escapar de su consideración;

³⁷ En el ámbito porteño coexisten dos sistemas de contralor de constitucionalidad: uno *difuso e in concreto* (cfr. artículos constitucionales 1, 106 y 113 –salvo el inc. 2° de esta última norma–), deferido a todos los órganos jurisdiccionales y que, por vía del recurso de inconstitucionalidad, puede llegar al TSJ en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en las Constituciones Nacional o local (ver art. 113, inc. 3°); y, por otra parte, uno *concentrado e in abstracto*, titularizado exclusivamente por el TSJ (art. 113, inc. 2°), el que conoce en instancia originaria y exclusiva en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Carta Magna Nacional o a la local. Sobre el particular, y otros temas vinculados con la labor del Tribunal, ver Bazán, Víctor, 2001. “La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales”, en AA.VV.: **Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**. Buenos Aires, Argentina, La Ley, pp. 97/128; y del mismo autor: “Antecedentes y perspectivas de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el orden federal argentino”. *Revista de Derecho Político*, N°s. 55-56. Madrid, España, UNED, 2003, pp. 563/619.

³⁸ Cfr. 13ª sesión ordinaria de la Legislatura, VT 19, p. 3 y ss.

Concretamente, se analizaron los siguientes Expedientes: N° 604-D-99, Proyecto de Ley, que disponía “Incorporar al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires un nuevo título para regular el procedimiento ante el Tribunal Superior”, iniciado por los diputados Facundo Suárez Lastra y Liliana Sánchez; N° 689-D-99, Proyecto de Ley, que preveía “agregar normas al Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires para regular el procedimiento para el ejercicio de la acción declarativa de inconstitucionalidad”, articulado por el diputado Abel Fleitas Ortiz de Rozas; N° 2.056-D-99, Proyecto de Ley, que regulaba la “Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, presentado por el diputado Roque Bellomo; N° 2.226-D-99, “Proyecto de Ley de Jurisdicción Originaria y Apelada del Superior Tribunal de Justicia”, formalizado por el diputado Cristian Caram; N° 2.691-D-99, Proyecto de Ley sobre “Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, de autoría de los diputados Eugenio Raúl Zaffaroni, Raúl Alberto Puy y Agustín Zbar; y N° 3.276-D-99, Proyecto de Ley sobre “Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad”, iniciado por la diputada Alicia Pierini.

³⁹ Tales pautas de caracterización general de la figura fueron extraídas de *loc. cit.* nota anterior, primera parte, pp. 6 y 7.

- no tiene carácter de parte y su opinión no posee efectos vinculantes para el Tribunal;
- permite una más amplia discusión de la causa, con la intervención de terceros que pueden ilustrar al Tribunal sobre determinados puntos legales;
- en el ejercicio de una actividad judicial tan importante, como lo es la del control de constitucionalidad, es altamente positivo que cualquier ciudadano dé su opinión sobre la cuestión constitucional en debate, ya que en tales causas, la decisión del tribunal tiene efectos *erga omnes*; y
- se trata de un medio más para instrumentar la democracia participativa, facilitando el acceso del pueblo a las decisiones fundamentales de la República⁴⁰.

Los precitados lineamientos fueron trasvasados al molde normativo definitivo utilizado para dar configuración al instituto, quedando el señalado art. 22 redactado de la siguiente manera:

“Cualquier persona, puede presentarse en el proceso en calidad de asistente oficioso, 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 oficioso al expediente y queda a disposición de quienes participen en la audiencia.

⁴⁰ Es posible comprobar que el párrafo de mención (referido a que la figura del ‘*amicus curiae*’ es un medio más para instrumentar la democracia participativa, facilitando el acceso del pueblo a las decisiones fundamentales de la República), aparece redactado en forma muy similar en el mensaje de remisión del proyecto N° 0050-PE-02, cursado por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación para la institucionalización del “asistente oficioso”.

Asimismo, se verifica un texto muy semejante en la fundamentación de los proyectos N°s 1.920-D-86, 0022-D-88 y 0068-D-90 (el primero de ellos, reproducido en el segundo y, éste, en el tercero), todos de autoría del entonces diputado nacional Jorge Reinaldo Vanossi, con el propósito—obviamente coincidente— de instaurar la figura.

Más adelante volveremos sobre el particular, para efectuar una breve reseña del contenido de algunos de los proyectos presentados ante el Congreso Nacional con miras a lograr tal consagración normativa.

“El asistente oficioso no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o 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 irrecurribles 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”.

En cuanto a la utilización práctica del instituto, y entre otras causas en las que fue empleado⁴¹, a título informativo recordamos –por el gran debate social que produjo– que ha tenido nutrida aplicación en el Expte. N° 1.542 (iniciado el 31 de mayo de 2002), caratulado: “Valdés, Eduardo Félix c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires - Acción declarativa de inconstitucionalidad”, cuestión públicamente conocida como la de los “cartoneros”, que diera origen al proceso en cuyo interior el debate constitucional giraba en torno a la validez o invalidez de los arts. 6 de la Ordenanza N° 33.581 y 22 de la Ordenanza N° 39.874.

En dicha causa fue admitida la participación de cinco asistentes oficiosos (cfr. resolutorio del 30 de octubre de 2002), a saber: a) de la Licda. S.C., la que –en representación de la Fundación “Amigos de la Tierra”– intentaba aportar sus impresiones en relación con el destino de los residuos sólidos urbanos, la aplicación de criterios ambientalistas en la administración de los mismos, poniendo énfasis en que el tema de “qué hacer con nuestra basura, aquello que desechamos porque carece de valor para nosotros, es un problema desde el punto de vista ambiental, social y económico”; b) del Lic. F.S., quien –en forma convergente con la profesional anterior– pretendía brindar su visión sobre la problemática de la gestión de residuos; c) del Sr. D.F., persona que desarrolla el trabajo de “cartonero”; d) de la Srta. A.D., la que deseaba aportar sus experiencias personales a raíz de su profesión como periodista del diario ‘Página 12’, consistentes en haber asistido a congresos organizados por los llamados “cartoneros” e investigado el fenómeno del “cirujeo” con sus “luces y sombras” (*sic*); y e) de la Sra. L.Q., en representación de un grupo de recicladores urbanos.

⁴¹ V.gr., Expte. N° 18/99, SAO, “Defensora del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Estado de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 16 de septiembre de 1999; Expte. N° 480/2000, SAO, “Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, fallo del 27 de setiembre de 2000; y Expte. N° 1.268/01, “Unión Transitoria S.A. y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Acción declarativa de inconstitucionalidad”, pronunciamiento emitido el 17 de septiembre de 2002.

Es dable apreciar que todas las presentaciones están recorridas por análoga línea transversal, que deja al desnudo diversos factores de una materia de suma sensibilidad social, económica, cultural, etc.; discusión en la que quedan involucrados fenómenos (recurrentes en no pocos escenarios geográficos del país) tales como la desocupación, el subempleo, la búsqueda de medios alternativos de subsistencia, la dramática situación social de un muy apreciable número de personas, los alarmantes índices de pobreza, las implicancias ambientales de la gestión de residuos, etc.

Volviendo al detalle de la progresión de la causa, cabe destacar que el 6 de noviembre de 2002 se desarrolló la audiencia respectiva en la que se expresaron los cinco asistentes oficiosos, las partes y el Fiscal General; luego de lo cual los actuados pasaron a resolver.

Así las cosas, cabe computar el acaecimiento de un hecho de singular relevancia: la Legislatura de la Ciudad sancionó, el 12 de diciembre de 2002, la ley 992⁴². Concretamente, tal normativa derogó de modo expreso los arts. 6 de la Ordenanza N° 33.581 y 22 de la Ordenanza N° 39.874 (cfr. art. 7), con lo que el debate sobre las normas cuestionadas en la acción se tornó abstracto durante el curso del juicio. Fue así como el TSJ dictó un pronunciamiento, fechado el 12 de febrero de 2003, por medio del cual ordenó el archivo de los autos por haberse extinguido el objeto del proceso.

3. Breve apunte final sobre los reseñados antecedentes normativos

A nuestro modo de ver, el antecedente normativo nacional constituye una buena pista para inteligir la aquiescencia legislativa en punto al andamio de la figura o, al menos, para intuir la inexistencia de una oposición radical del legislador o una calificación apriorística de incompatibilidad de la institución con nuestro ordenamiento jurídico, que obture *universalmente y a priori* su procedibilidad. Tal percepción, en lo que aquí interesa, suma otro elemento a computar para disipar dudas en torno a la falta de imprescindibilidad de una ley reglamentaria para la admisión de *amici* ante los tribunales, asunto al que dedicaremos un apartado específico (VII.2).

En el caso de la Ciudad de Buenos Aires, el instrumento legislativo colacionado apunta –según los propios mentores de la norma– a la posibilidad de escuchar a los ciudadanos en ocasión del ejercicio, por el TSJ, de una actividad judicial tan importante como el control de constitucionalidad, entrañando un medio más para instrumentar la democracia participativa. Más allá de tales apreciaciones, vemos que la instauración de la figura se coloca en línea con las

⁴² Promulgada de hecho el 21/01/2003 y publicada en el B.O.C.B.A. N° 1.619, del 29/01/2003.

particulares características del sistema concentrado de control de constitucionalidad estructurado en la Ciudad (paralelamente al difuso), los posibles efectos *erga omnes* que la decisión del Tribunal podría asumir en tal caso y, obviamente, la naturaleza de *acción popular* que la declarativa de inconstitucionalidad pareciera ostentar.

V. PERFIL DE ALGUNOS PROYECTOS LEGISLATIVOS PRESENTADOS AL CONGRESO DE LA NACIÓN

Como modo de aportar algunas apreciaciones con miras a una eventual regulación futura del *amicus*, y siempre que exista al respecto un importante grado de consenso parlamentario sobre la necesidad de su instauración expresa y las bondades de su utilización funcional en aras del mejoramiento del debate en el proceso, acometeremos un escueto señalamiento de algunos de los proyectos presentados en el ámbito legislativo que no consiguieron convertirse en derecho positivo.

Aunque quizás sobreabundante, nos apresuramos a aclarar que la referencia a los mismos no busca un simple acopio de datos en el marco de una indagación meramente descriptiva, sino que procura traer a colación tales instrumentos proyectados en virtud de que los mismos pueden contener ciertos aspectos o elementos a ser tenidos en cuenta –para seguirlos o descartarlos– en la potencial regulación normativa de la institución, a que aludíamos en el párrafo anterior.

Así, y en un recorrido meramente ejemplificativo, evocamos que el correspondiente al N° 1.920-D-86 fue reproducido en el N° 0022-D-88 y, a su vez, éste fue recreado en el N° 0068-D-90; todos ellos presentados por Jorge Reinaldo Vanossi. El último de los nombrados tampoco tuvo tratamiento, al igual que su similar –y posterior– N° 2.089-S-96 (firmante: Pedro G. Villarroel).

Más recientemente, cabe resaltar los proyectos N°s 0662-S-01 (firmantes: José Genoud y Pedro G. Villarroel) y 0050-PE-02⁴³. En general, y pese a algunas diferencias formales o de técnica legislativa entre ambos (como la existencia de epígrafes encabezando a los artículos que componen el primero de ellos, lo que no se da en el segundo; la divergencia de terminología para identificar a la figura, puesto que en el primero se la designa como “*amicus curiae*”⁴⁴ y en el segundo como “asistente

⁴³ Enviado por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional, por medio del Mensaje N° 1.043 del 19 de junio de 2002.

⁴⁴ Aunque también este proyecto, en el art. 3, dispone que en su actuación procesal adquirirá el carácter de “asistente oficioso” del tribunal.

oficioso”⁴⁵; y la definición expresa del instituto por parte del primero, al tiempo que el segundo no lo hace así), pueden detectarse claras coincidencias en las respectivas regulaciones proyectadas.

Las líneas de convergencia entre dichos instrumentos pueden ser condensadas del siguiente modo:

- En relación con el *tribunal ante el que puede dirigirse la presentación*, ambos la circunscriben sólo a las causas judiciales que tramiten ante la CSJN, las Cámaras Federales y Nacionales de Apelaciones y la Cámara Nacional de Casación Penal (cfr. respectivamente, arts. 7 del primero, y 1 del segundo);
- en cuanto a la *legitimación*, hay coincidencia —en términos generales— en que la presentación puede hacerla toda persona por derecho propio o invocando o acreditando fehacientemente la representación jurídica de una entidad de interés público⁴⁶; asimismo, se exige del solicitante una amplia o acreditada especialización en el tema o la materia de que se trate; y
- para finalizar este breve señalamiento, y respecto del *carácter de la presentación y la investidura procesal que ostenta el ‘amicus’*, se evidencia un consenso en punto a que su participación no lo convierte en parte; su actuación se limita a expresar opinión fundada acerca de un interés público o una cuestión institucional; no devengará honorarios ni producirá efecto vinculante alguno con relación al tribunal, el que podrá —como única sustanciación— dar traslado a las partes de la presentación del *amicus*. Por último, y si bien ambos proyectos coinciden en que todas las resoluciones del tribunal serán irrecurribles para el impetrante, el 0662-S-01 contiene una previsión no establecida en el 0050-PE-02, consistente en que, como excepción a tal irrecurribilidad, la primera denegatoria relacionada a su presentación será susceptible de recurso de revisión.

⁴⁵ Cabe observar, sin embargo, que si bien en el articulado del proyecto N° 0050-PE-02 se alude exclusivamente al “asistente oficioso”, en el mensaje de remisión del mismo por el Poder Ejecutivo al Congreso se hace referencia, en el primer párrafo, a que se somete a consideración un proyecto de ley “tendiente a recepcionar en nuestro ordenamiento jurídico una institución proveniente del derecho anglosajón, conocida con la denominación ‘amicus curiae’, y también ‘amigo del tribunal’ o ‘asistente oficioso’” —énfasis propio—.

⁴⁶ Debe advertirse, no obstante, que el proyecto 0050-PE-02 consagra también la posibilidad de que la presentación del asistente oficioso se produzca a requerimiento del tribunal (art. 1, párrafo 2°, *in fine*).

VI. RÁPIDA RESEÑA DE ALGUNOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES EN LOS QUE SE HA ADMITIDO LA PARTICIPACIÓN DE *AMICI CURIAE*

1. La praxis judicial hasta el presente

Naturalmente sin ánimo alguno de exhaustividad, emprendemos un rápido recorrido enunciativo de algunos precedentes de diversos órganos judiciales federales y de la Cámara Nacional Electoral en los que se aceptó la participación de *amici curiae*⁴⁷.

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 conectadas 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:

A) En primer lugar, no podría dejar de mencionarse un antecedente fundamental. Nos referimos a la ‘Causa N° 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*⁴⁸, por medio de la resolución emitida –por mayoría– el 18 de mayo de 1995⁴⁹.

B) Ha sido acogido, también, en la causa ‘Sterla, Silvia s/ interrupción de la prisión preventiva’, del Juzgado Criminal y Correccional Federal N° 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 misma⁵⁰.

⁴⁷ Un antecedente contrario a la admisión de las presentaciones de *amici curiae* puede constatar en la causa ‘Kimel, Eduardo s/ Injurias’, tramitada ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Su texto puede ser consultado en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, N° 21, enero - junio de 1995. San José, Costa Rica, p. 149 y ss.

⁵⁰ La solicitud fue articulada por dos letrados en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

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 II⁵¹.

D) Por su parte, en 'Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo', de la Cámara Nacional Electoral, se abrió una brecha singular dado que ésta aceptó la participación en carácter de *amicus curiae* del Procurador Penitenciario, quien se había presentado invocando tal calidad, antes de que se pronunciara 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 adopten 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 art. 3, inc. 'd' del Código Electoral Nacional.

La jueza federal de primera instancia rechazó el amparo, tanto por considerar inadmisibile 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 art. 3, inc. 'd', del Código Electoral Nacional, que excluye del padrón electoral a "los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad".

Aribada 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 del 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"⁵².

⁵¹ También aquí intervino el CELS.

⁵² El énfasis, en ambos casos, ha sido añadido. Los párrafos entrecomillados corresponden al considerando 9º de la mayoría, compuesta por Nazareno (que actualmente ya no pertenece al Tribunal), Moliné O'Connor y López.

En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, lo hicieron Boggiano—véase, el considerando 8º—y Bossert (que hoy ya no integra la Corte)—ver, el considerando 30—Por su parte, Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurieron con la mayoría—*vid.*, sobre el punto en cuestión, el considerando 19—.

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', del 4 de octubre de 2001, resuelta por la Sala Iª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal⁵³.

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 setiembre 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 1 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 art. 484 del C.P.C.C.N. En definitiva, y mediante argumentos propios, la sala decidió por mayoría confirmar el pronunciamiento resistido⁵⁴.

En lo que aquí interesa, es decir, los escritos arimados por el presentante en calidad de *amicus curiae* (se trataba del Dr. 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.

⁵³ Un comentario a tal fallo puede compulsarse en Bazán, Víctor, 2003. "A propósito de la viabilidad del *amicus curiae* pese a la inexistencia de previsión legal que lo instaure", en *Derecho Administrativo [Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica]*, N° 43. Buenos Aires, Argentina, LexisNexis, 2003, pp. 215/225.

Por su parte, el fallo íntegro se encuentra transcrito en las págs. 197/215 de la misma obra.

⁵⁴ La mayoría estuvo compuesta por los Dres. Coviello y Buján. Por su parte, el voto minoritario correspondió al Dr. Licht, quien en tal moción disidente abundó en consideraciones referentes a la temática del *amicus curiae*.

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.

2. Una incógnita: la percepción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

A) Al menos hasta donde alcanza nuestra información, la Corte Suprema aún no ha tenido ocasión de expedirse contundentemente por la admisión de *amici* en expedientes radicados ante ella⁵⁵.

No es sencillo descifrar cuál será la percepción del Cuerpo sobre el particular. Solamente estamos en condiciones de precisar que, al menos *extrajudicialmente*, el Presidente del Tribunal, Dr. Julio S. Nazareno, ha 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 implicancias del fallo a 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.

B) El debate recobra vigencia ya que en una de las causas actualmente radicadas ante la Corte, referidas a la validez constitucional de las leyes 23.492, de ‘Punto

⁵⁵ Según una información extraoficial, en algunos casos se ha presentado en calidad de *amicus* el periodista Horacio Verbitsky, ante cuyos escritos –y siempre según la fuente consultada– la Corte se limitó a decir: “Agréguese”, o a utilizar una expresión semejante.

Final', y 23.521, de 'Obediencia Debida'⁵⁶, se ha presentado un *amicus curiae* para cuestionar los argumentos del Procurador General de la Nación, quien en su dictamen se expidió claramente a favor de que el máximo tribunal confirme la inconstitucionalidad de tales leyes (tal opinión fue emitida el 29 de agosto de 2002)⁵⁷.

Al momento de confeccionar este trabajo no disponemos de información que dé cuenta de si tal memorial fue o no admitido por la Corte. Desde nuestra óptica 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. Dejamos aclarado que nos interesa la sustancia de la institución, con plena independencia de que, en el particular, no compartamos la posición que el *amicus* asumió en su informe ni el interés que auspicia.

Para finalizar este escueto señalamiento, y a modo de digresión, nos ha parecido útil traer a colación algunos párrafos del mencionado dictamen emitido por el Procurador General en la causa identificada en último término. El descarnado vigor de las palabras allí vertidas exime de añadir cualquier comentario e impone acompañar sólo con el silencio respetuoso la acertada descripción de una realidad que lacera y avergüenza, trasuntando –en definitiva– la exhortación a respetar y honrar un principio fundamental: el “debido proceso”, además de que, por extensión, insta a hacer lo propio con el no menos eminente postulado preambular de “afianzar la justicia”:

“La República Argentina atraviesa momentos de desolación y fatiga. Es como si un pueblo cansado buscara soluciones trágicas. Se ha deteriorado todo, la funcionalidad de las instituciones, la calidad de la vida, el valor de la moneda, la confianza pública, la fe civil, la línea de pobreza, el deseo de renovar la apuesta cívica.

“Todas las mañanas parecería perderse un nuevo plebiscito ante el mismo cuerpo social que nos mira con ojo torvo, el temple enardecido, el corazón temeroso.

”Un Estado que apenas puede proveer Derecho, apenas seguridad, apenas garantías, poco tiene que predicar.

⁵⁶ 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 Dr. Gabriel R. Cavallo –hoy juez de cámara– el 6 de marzo de 2001, declarando la invalidez, la inconstitucionalidad y la nulidad insanable de los arts. 1 de la ley 23.492 y 1, 3 y 4 de la ley 23.521. La carátula (en la instancia originaria) es: “Causa N° 8.686/2000, ‘Simón, Julio; Del Cerro, Juan Antonio s/ sustracción de menores de 10 años’”, tramitada específicamente ante el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 4, Secretaría N° 7.

⁵⁷ Si la información con la que contamos es correcta, la identificación de la causa ante la Corte responde a la siguiente identificación: ‘S.1767.XXXVIII’.

"Y no queremos que la indolencia aqueje nuestra grave tarea porque entonces sí estaremos ante la peor tragedia nacional. (...) La sociedad se ha convertido en un encuentro violento de los hombres con el poder. La lucidez de la civilización democrática parece estar interrumpida. Hay muchas razones para sospechar que la sociedad argentina, enfrentada a una crisis pendular, adolece de irrealidad; sufre el infortunio de asimilar sus espejismos y alucinaciones. Es en momentos como éstos cuando hay que evitar los gestos irreparables puesto que ninguna señal que no sirva para hacer más decente la situación actual no debe ser ejecutada. De alguna forma hay que salvar el decoro de una sociedad que debe sobrevivir con dignidad y cuyos intereses la Constitución nos manda defender. La planificación política jamás debiera asfixiar a la prudencia jurídica porque el jurista y el juez son la voz del Derecho que sirve a la Justicia. De otro modo mereceremos vivir horas imposibles".

Imposible nos sería no compartir la preocupación-admonición patente en el dictamen.

VII. ALGUNAS ARISTAS DE LA PROBLEMÁTICA DEL *AMICUS CURIAE* DIGNAS DE MENCIÓN

1. Sobre el sustento constitucional de la figura

Nítidamente al menos, no se observa la existencia de cláusula o principio constitucionales algunos que pudieran quedar comprometidos o lesionados si se viabilizara la participación del *amicus curiae* en el proceso aun sin consagración legal expresa.

En una aproximación preliminar, pareciera que tal institución recepta legitimación constitucional, enunciativamente, por parte de los arts. 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, inc. 22, párr. 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 carácter⁵⁸; 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*" —énfasis propio—.

⁵⁸ A la nómina expedida en el párrafo segundo de tal cláusula constitucional, se han añadido la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (a la que se ha deparado tal calidad por medio de la Ley Nac. N° 24.820 –B.O. 29/05/97–) 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 esa valía mediante la Ley Nac. N° 25.778 –B.O. 03/09/2003–).

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, arts. 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 art. 43, párr. 2º, de la Constitución Nacional.

Por último, y en sintonía con todo ello, corresponde asimismo ponderar la configuración de un nuevo paradigma del principio de igualdad, caracterizado por la exigencia de complementación de la *igualdad formal* (art. 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* (ver, v.g., arts. 37, 75, incs. 2, 19 y 23), para cuya operativización sin eufemismos se requiere del Estado que *actúe* paliando arbitrarias discriminaciones y previniendo o corrigiendo infundadas desigualdades⁹⁹, 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

⁹⁹ Ver Bazán, Víctor, 1997. “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en Bidart Campos, Germán J. (coordinador), **Economía, Constitución y derechos sociales**. Buenos Aires, Argentina, Ediar, pp. 111/174, en esp. pp. 124/130.

También, Bazán, Víctor, 2003. “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones constitucionales: una visión de derecho comparado”, en Carbonell, Miguel [coordinador]: **En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión**. México, D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 91/286.

contrario, se desnaturalizarían los fines de la figura, volviéndose ésta nociva y antifuncional, al tiempo que se mediatizaría uno de los objetivos que persigue: la preservación del “debido proceso”.

En conexión con ello, 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*⁶⁰.

2. ¿Es imprescindible la intermediación del legislador?

A partir del plafón argumental tejido por 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.

Es posible pensar que tal recepción por el órgano judicial en cuestión se enmarca en el complejo de facultades implícitas que le viene adjudicado legalmente⁶¹.

Además, y acudiendo a una hermenéutica *analogizante*, podría conjeturarse que si en nuestro país existe un antecedente normativo que *expresamente* alude al instituto (nos referimos al citado art. 7 de la ley 24.488), 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.

Asimismo, y comprendiendo en la apreciación siguiente también a los escenarios jurídicos locales, vemos que los propios reglamentos de la Corte Suprema o de

⁶⁰ Krislov, Samuel; op. cit., 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—].

⁶¹ Sobre el tema de los poderes implícitos de los jueces, aunque con especial referencia al ejercicio del control de constitucionalidad, ver Bianchi, Alberto B., 2002. **Control de constitucionalidad**, Tº 1, Cap. II [“El control como poder implícito. Legitimidad de los jueces”]. Buenos Aires, Argentina, Ábaco, pp. 167 y ss.

los Superiores Tribunales provinciales podrían contemplarla sin necesidad de *interpositio legislatoris*, desde que, en definitiva, coadyuva a garantizar el debido proceso⁶² 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 Judicial⁶³.

Finalmente, los autores citados en último término nos ponen frente a otro motivo sobre el que asentar la no imprescindibilidad de consagración normativa expresa para la procedibilidad del instituto. Condensando el pensamiento de aquellos, 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 propia 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 Interamericana⁶⁴.

3. ¿Lesión al principio '*iura novit curia*'⁶⁵?

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 dere-

⁶² Coincidimos con la apreciación que sobre el punto particular nos hiciera el Prof. Walter F. Camota en un intercambio de ideas informal sobre el tema del *amicus curiae*.

⁶³ Abregú, Martín y Courtis, Christian, 1997. "Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino", en el volumen colectivo compilado por dichos autores: **La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires, Argentina, CELS, Editores del Puerto, p. 388.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 392/393.

⁶⁵ El interrogante no alude a una supuesto de ciencia-ficción. Por el contrario, uno de los votos disidentes emitidos en la reseñada 'Causa N° 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 Dra. Riva Aramayo).

cho 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 prejuiciosa (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 inferiores⁶⁶.

Pero además, aquel brocárdico sólo indica que el juez no se encuentra vinculado por las calificaciones jurídicas de los justiciables⁶⁷, lo que significa –y no otra cosa– que puede separarse de la fundamentación de derecho que los litigantes efectúen, estando 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 participación 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. El debate por venir

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.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ Cfr. Morello, Augusto M.; Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto O., 1990. **Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación**, Tº I, 2ª ed. reelab. y ampl. (1ª reimpr.). Buenos Aires, Argentina, Ed. Platense y Abeledo-Perrot, p. 121.

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 muchas otras:

- 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, v.gr., la CSJN, la Cámara Nacional de Casación Penal y las Cámaras Nacionales y Federales de Apelación⁶⁸; o sólo ante alguno de tales órganos jurisdiccionales⁶⁹;
- 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;

⁶⁸ 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 corporización institucional explícita a la figura, y que *supra* fueron objeto de análisis, es decir, los registrados bajo los Nos. 0662-S-01 y 0050-PE-02.

⁶⁹ Como lo preveía el señalado proyecto N° 68-D-90 presentado por Jorge Reinaldo Vanossi, quien propiciaba ceñir la actuación del *amicus* a las causas judiciales que tramiten ante la Corte en la instancia extraordinaria de apelación (cfr. art. 1 del proyecto), o sea, concretamente, en la sustanciación del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48.

- 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 observar⁷⁰;
- 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; y
- determinar si le serán oponibles los efectos de la cosa juzgada de la sentencia que resuelve la causa en la que comparece⁷¹.

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.

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

⁷⁰ Por ejemplo, el referido proyecto N° 0662-S-01 dispone, en su art. 4, que el *amicus curiae* deberá presentarse por escrito de acuerdo con las formalidades fijadas por el Reglamento para la Justicia Nacional.

⁷¹ 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, Millery y Cooper. **Federal practice and procedure**, vol. 18, p. 432, cit. por Mairal, Héctor A., 1984. **Control judicial de la Administración pública**, vol. 2. Buenos Aires, Argentina, Depalma, p. 724, nota 32 a pie de página).

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 “quedar 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 presentantes *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 reexamen de la concepción jurídico-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 arimados 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 preconciendo 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 argentina que prohija 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 fondo⁷².

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

⁷² García de Enterría, Eduardo, 1991. **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**. Madrid, España, Civitas, reimpr., pp. 179/180.

no perder de vista las *consecuencias* –y las frecuentemente consecuencias políticas– de sus sentencias”⁷³ [remarcado del original].

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 decisiones⁷⁴; 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*”⁷⁵ [énfasis del original].

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 valores⁷⁶, y que, por tanto, la previsibilidad es y debe ser parte del razonamiento jurídico⁷⁷, puesto que, al tiempo que valor político, es también valor jurídico⁷⁸. 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 imprevisor, 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 desenvuelve⁷⁹.

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 reiteradamente pusieramos 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.

⁷³ Bachof, Otto, 1976. “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, publicado en la recopilación a cargo de Häberle, Peter, *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Darmstadt, pp. 285 y ss.; aludido por García de Enterría, Eduardo, cit., p. 180.

⁷⁴ García de Enterría, Eduardo; op. cit., p. 183.

⁷⁵ Bachof, Otto; op. cit., pp. 302/303; mencionado por García de Enterría, Eduardo, cit., pp. 183/184.

⁷⁶ Sagüés, Néstor P., 1998. *La Interpretación Judicial de la Constitución*. Buenos Aires, Argentina, Depalma, p. 114.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 115.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 122.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 127.

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 judicial⁸⁰ implica un llamamiento al ejercicio de valoraciones que conlleve 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”⁸¹.

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 consenso en torno a las decisiones judiciales”, sentido que tiene –a criterio de tal autor– la ponderación rectamente entendida⁸².

⁸⁰ 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 (ver, por ejemplo, Andruet [h.], Armando S., 2001. “La sentencia judicial”, en Ghirardi, Olsen [director]: **El razonamiento judicial**, Tº 4. Córdoba, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, p. 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 contradictores, 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, 2000. “Motivación de las sentencias y razonabilidad”, en Ghirardi, Olsen [director]: **El siglo XXI y el razonamiento forense**, Tº 3. Córdoba, Argentina, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, pp. 11/12).

⁸¹ Prieto Sanchís, Luis, 2002. “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en materiales de enseñanza del Curso de Postgrado: ‘Constitucionalismo y Democracia. Nuevos paradigmas de la Teoría del Derecho’. Universidad de Castilla - La Mancha, Toledo, s/indic. lugar public., p. 29 del trabajo.

⁸² *Ibidem*, p. 35.

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–)⁸³, 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 razonabilidad⁸⁴, generen paralelamente algún grado de consenso en la comunidad⁸⁵.

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

Desarrollando esa 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

⁸³ 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” (*ibid.*, p. 9).

⁸⁴ *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 máxima 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, 2000. “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, en *Doxa*, N° 23. Alicante, España, pp. 178/180 y nota a pie de página 56).

⁸⁵ 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*, N° 22. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, p. 108).

—al menos, en principio— podría permitir al juez munirse 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

En tren de contabilizar adhesiones al establecimiento institucional de la figura, conviene no perder de vista que incluso algunos autores que han incursionado sería y agudamente en el arduo problema de la dificultad contramayoritaria⁸⁶ 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 conservadores⁸⁷. 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 cierta causa a través de la inclusión de escritos de apoyo⁸⁸. Tal práctica —siempre en la visión autoral citada—, muy difundida en EE.UU., 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 trayectoria⁸⁹. 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 básicas⁹⁰.

⁸⁶ Más allá de las referencias autorales que, en el texto, dispensaremos a continuación sobre el particular, es ineludible nombrar y reenviar, entre otros, a Bickel, Alexander, 1962. **The Least Dangerous Branch**. New Haven, Yale University Press.

⁸⁷ Gargarella, Roberto, 1996. **La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial**. Barcelona, España, Ariel, p. 105.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 105/107.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 107.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 114/115.

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”⁹¹. A continuación, admite que un proceso judicial implica alguna discusión, más en el sistema norteamericano 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 participen, con igual oportunidad, todos los que están afectados por la norma que se toma como base de la decisión⁹². Cuando el autor citado reseña algunos “argumentos para excepcionar el argumento negatorio”, incluye al de los jueces como controladores 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*⁹³. 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 [en todos los casos el énfasis no corresponde al original]*⁹⁴.

Por último, CARRÍO, 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*⁹⁵ –el remarcado no es del original–.

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 ajenas, sino que ha sido pensado para colacionar serias y valiosas posiciones doctrinarias que, aun

⁹¹ Nino, Carlos Santiago, 1992. **Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional**. Buenos Aires, Argentina, Astrea, p. 685.

⁹² *Ibid.*

⁹³ *Ibid.*, p. 696.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Carrió, Genaro R., 1991. “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*”, AA.VV.: **Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad**, Cuadernos y Debates, N° 29. Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, p. 162.

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.

VII. EPÍLOGO

En orden a clausurar el presente trabajo, a continuación pasaremos a compaginar condensadamente algunas de las líneas salientes de las reflexiones preliminares hasta aquí formuladas en torno de la figura que nos convoca:

1. 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 *aplicar de ella lo aplicable*, es decir, lo que pueda resultar adecuado a nuestra idiosincrasia jurídica y compatible con ella, evitando implantes artificiales e indiscriminados.
2. Para caracterizar primariamente al asistente oficioso puede afirmarse que éste no reviste calidad de parte ni mediatiza, 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.

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.

3. En punto a las implicancias 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.

4. La carencia de una previsión legal expresa que lo regule en nuestro ámbito jurídico vernáculo, 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 intercidentes. Aquellos trazos normativos serían, a su vez, complementados y pormenorizados por la praxis jurisdiccional que vaya desplegándose en derredor de la figura.
5. 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 protectorios en las instancias internacionales (por ejemplo, la Comisión y la Corte Interamericanas 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 art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En ese sentido, 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 –v.gr.– 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 que se añadan en el futuro) *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.

6. La tendencia jurisprudencial de los órganos judiciales federales cuyos precedentes fueran reseñados *supra*, marca que –satisfechos 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.

7. Aun cuando refiriéndose específicamente al derecho norteamericano, 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 incorporado⁹⁶. Precisamente aquella amplitud del debate –se ha añadido– es lo que permitirá que el precedente constitucional que surja de la sentencia tenga verdadera ejemplaridad⁹⁷.

En sintonía con ello, 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 proceso⁹⁸.

Convergentemente, y en el marco de las reformas que propone para el mejoramiento democrático de la 'Judicial Review', CARRÍO considera que una interesante modificación 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*⁹⁹ –énfasis nuestro–.

8. 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

⁹⁶ Sola, Juan V.; op. cit., p. 96.

⁹⁷ *Ídem*.

⁹⁸ Nino, Carlos S.; loc. cit. nota 93.

⁹⁹ Carrió, Genaro R.; loc. cit. nota 95.

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 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 el comparendo de 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.

9. Nuestro balance preliminar da cuenta de que se está ante la presencia de una institución laudable, que, utilizada dentro de ciertos carriles (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*¹⁰⁰), ostenta aptitud para brindar mayor transparencia a las decisiones jurisdiccionales de interés público y puede encaramarse como un relevante vehículo para fortalecer, transparentar y democratizar el debate judicial y, por extensión, para asegurar –en la medida de lo posible– la tantas veces declamada, y en reiteradas ocasiones incumplida, garantía del “debido 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 decisiones¹⁰¹.

¹⁰⁰ 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 *amici*.

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 Prof. Fabián Salvioli en una conversación informal que mantuviéramos al respecto.

¹⁰¹ La oración que derra el texto parafrasea una apreciación de 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 ello 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.” –énfasis propio– (Gascón Abellán, Marina, 1993. **La técnica del precedente y la argumentación racional**. Madrid, España, Tecnos, p. 9).