

Víctor Bazán (Argentina)*

Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso

I. Observaciones introductorias

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 fijamos, 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 ha sufrido desde su configuración primigenia hasta la actualidad y las interesantes perspectivas y potencialidades funcionales que brinda, tanto en el dere-

* Catedrático de Derecho Constitucional y de 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, en la que se desempeña como secretario de la sección Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹ Morineau señala que el derecho inglés sentó las bases del *Common Law*. Añade que precisamente las dos grandes ramas que configuran aquél son el *Common Law* y la *Equity*, jurisdicciones paralelas que, con el paso del tiempo, terminaron fusionándose (Marta Morineau, *Una introducción al 'Common Law'*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 9).

Asimismo, puntualiza que ambos son sistemas jurisprudenciales; el primero, originado en los tribunales reales y, la segunda, en el Tribunal de la Cancillería (ibídem, 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 (Cf. Konrad Zweigert y Heinz Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 1992, p. 227; cit. por Morineau, o. cit., pp. 46-47).

cho doméstico cuanto para la dimensión propia de las instancias iusinternacionales; un recorrido por algunos eslabones jurisprudenciales que se han verificado en torno del *amicus curiae* y 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 antes de 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, nos permitimos aclarar al comienzo 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

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

No es nuestra intención abundar en consideraciones acerca de la génesis de la institución, sobria y claramente expuesta por Cueto Rúa.³ Sólo recordaremos que los primeros antecedentes de aquélla pueden ubicarse en el derecho romano y luego en el derecho inglés; la figura fue 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, § 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 setiembre de 2000 por una Corte de Apelaciones en Gran Bretaña⁵ aplicando —según refiere

³ Cf. Julio C. Cueto Rúa, “Acerca del ‘amicus curiae’”, en *La Ley*, 1988-D, Buenos Aires, 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 Cf. Georg C. Umbricht, “An ‘Amicus Curiae Brief’ on Amicus Curiae Briefs at the WTO”, en *Journal of International Economic Law*, 2001, Oxford University Press, p. 780, nota 32 a pie de página.

⁵ “Court of Appeal re A. (Children), Ward, Brooke, y Walker, Judgement delivered 22 September 2000”, en *Bulletin of Medical Ethics*, n° 161, setiembre de 2000, pp. 17 y ss.; cit. por Pedro Federico Hooft, “Anencefalia e interrupción del embarazo: Una visión integradora a la luz de la Bioética y los

Hooft— la metodología de la “ponderación” —sobre la que retornaremos—, que en cada situación particular y concreta sopesa valores, derechos y deberes en conflicto.⁶ 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 mediante una intervención médica se intentase la separación; pero la intervención, al tiempo de ofrecer expectativas razonables de vida a una de ellas (Jodie), tendría como consecuencia casi 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 le había tocado 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 (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 padres.⁷

Por su parte, en Estados Unidos 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 US 265 [1978]—), la disputa aborto-antiaborto (*Webster v. Reproductive Health Services* —492 US 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).

Vinculado con ello, Böhmer precisa que los casos que la Corte Suprema estadounidense selecciona para decidir son paradigmáticos de alguna situación determinada y sientan jurisprudencia sobre el tema para el futuro, agregando que la importan-

Derechos Humanos”, en Víctor Bazán (coord.): *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, libro en reconocimiento al Prof. Dr. Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, p. 328.

⁶ Hooft, o. cit.

⁷ *Ibidem*.

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 (cf. Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, Oxford University Press, 1993, 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.

cia de tales causas se hace evidente a partir de la gran cantidad de capital social acumulado previamente a la decisión del tribunal.¹⁰

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 meritar la calidad de las presentaciones que en tal carácter se le formulen, al disponer (en su punto 1) que un *brief* de un *amicus curiae* que destaca a la Corte una *cuestión relevante que las partes aún no le han señalado*, puede brindarle una ayuda considerable (énfasis propio); contrariamente, un *brief* que no persigue este propósito dificulta la tarea de la Corte y su presentación es vista con desfavor.

En línea con lo anterior, y siempre en el contexto jurídico 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 legítimas.¹¹

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

¹⁰ Martín Böhmer, “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”, FLACSO, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, pp. 101-102.

¹¹ Juan V. Sola, “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, 26 de marzo de 2003, p. 95.

¹² *Ibidem*.

vo de tales presentaciones radica —actualmente— en la interacción de los artículos 62.3 y 44.3 del Reglamento de la Corte.¹³

- *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cabe fundamentalmente tener en consideración el artículo 36 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1 del Protocolo n° 11,¹⁴ relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el Convenio. Dicha norma pauta la “intervención de terceros” ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y específicamente en el apartado 2, establece que, en interés de la buena administración de justicia, el presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier alta parte contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que formule observaciones por escrito o a participar en la vista.
- *El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia* (cf. 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 la Fiscalía admitía las preocupaciones del CICR por la confidencialidad de su trabajo, no aceptaba que, como cuestión de derecho, no le fuera posible a aquél revelar la información en su poder, por lo que propuso —en orden a que el CICR presentara sus puntos de vista—, se le otorgara una autorización para comparecer como *amicus curiae*, de acuerdo con la mencionada norma 74 de las Reglas de Procedimiento, lo que supone una importante decisión para la continuidad de las sustanciales labores del CICR en el marco del derecho internacional humanitario, además de que la pauta de confidencialidad (como lo trasunta la decisión) constituye la marca distintiva del Comité, cuya preservación beneficia a la comunidad internacional toda.¹⁵
- *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

¹³ Nos referimos al actual Reglamento del Tribunal que, con las últimas modificaciones realizadas a su texto, entró en vigor el 1 de junio de 2001 (cf. 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.

¹⁴ Protocolo que entró en vigor en noviembre de 1998.

¹⁵ Véase caso *El Fiscal c. Simic*.

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 artículo 13 del DSU (*Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* [Acuerdo sobre Reglas y Procedimientos que regulan la solución de controversias]) habilitando a los paneles a considerar escritos de *amici curiae*.¹⁶ 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 artículo 17.9 del DSU, él mismo recepta extensivamente autoridad para adoptar reglas de procedimiento que no entren en conflicto —*inter alia*— con el DSU; asimismo, determinó que ostentaba autoridad legal para aceptar y considerar información no solicitada, en la medida en que el aporte del actor no estatal fuera pertinente y útil.¹⁷

3. *Sumaria recapitulación*

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

III. 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 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:

¹⁶ Umbricht, o. cit., p. 775.

¹⁷ *Ibidem*.

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 auspicia.¹⁸

Como con realismo afirma Cueto Rúa, en la actualidad no se le pide neutralidad; sí se espera, en cambio, una inteligente contribución sobre los problemas planteados por el caso y su repercusión respecto de terceros y demás integrantes de la comunidad, *aun a sabiendas que el amicus es el amicus del actor o el demandado*.¹⁹

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).²⁰

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, ONG, etcétera), sino también por órganos del Estado,²¹ v. gr., en el caso argentino, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, de

¹⁸ 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”, en *Yale Law Journal*, t. 72, 1963, p. 694).

¹⁹ Cueto Rúa, o. cit., p. 723.

²⁰ Abraham, o. cit., p. 236.

²¹ 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, véase por ejemplo Harry P. Stumpf, *American Judicial Politics*, Prentice Hall, 1998, pp. 401 y 402.

acuerdo con el artículo 7 de la ley 24.488 (véase referencia a éste en nota 42); el procurador penitenciario,²² por ejemplo, como lo hizo ante la Cámara Nacional Electoral en la causa *Mignone*, dirimida en definitiva por la CSJN el 9 de abril de 2002 (sobre la que también volveremos²³).

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 (*supra*, 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 en torno de la que retornaremos (*infra*, IV.2.B)—; 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 argumentos.²⁴

Empleando analógica y figurativamente la categorización dworkiniana,²⁵ 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.

²² Por medio del decreto 1.598/93 (sancionado el 29.7.1993 y publicado el 3.8.1993) 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 (cf. el artículo 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 (*ibídem*).

²³ Para mayores referencias sobre tal precedente, véase *infra*, IV.1.D.

²⁴ Böhmer, o. cit., pp. 101-102.

²⁵ Véase Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 4ª reimp., 1999, pp. 146-208, y el interesante prólogo de Albert Calsamiglia que, bajo el título “Ensayo sobre Dworkin”, presenta la obra (véase, concretamente, p. 13).

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

Ciertamente, el instituto en cuestión puede receptor 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 interno 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 artículo 75, inciso 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*²⁶ y *Bramajo*²⁷).²⁸

En un escenario con características de tal magnitud, al *amicus* puede cumplir un papel relevante al proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia, por ejemplo, por parte de los aludidos

²⁶ Fallo del 7 de abril de 1995. Compulsar su texto, v. gr., en *Jurisprudencia Argentina*, 1995-III, Buenos Aires, pp. 570-573.

²⁷ Sentencia del 12 de setiembre de 1996. Véase su texto, por ejemplo, en *Jurisprudencia Argentina*, 1996-IV, Buenos Aires, pp. 439 y ss.

²⁸ Sin perjuicio de cuanto afirmamos en el texto, cabe reconocer que, respecto de la cotización jurídica de los informes y las recomendaciones de la Comisión Interamericana, la Corte Suprema argentina ha descrito una trayectoria jurisprudencial *ondulante*, 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 8° del voto de la mayoría), aunque luego parecería 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, 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, pp. 62 y ss.), causa públicamente conocida como una de las vinculadas con el copamiento de *La Tablada* (véase considerando 6° de la mayoría) —en todos los casos el énfasis debe ser atribuido.

Una referencia crítica al fallo citado en último término puede verse en Víctor Bazán, “Entre las omisiones inconstitucionales de las autoridades públicas y la necesaria justiciabilidad de los derechos”, en *Revista de Derecho Constitucional*, n° 3, julio-diciembre 2000, Sherwood, Caracas, pp. 15-44.

órganos del sistema protectorio interamericano, espectro en el que no cabe soslayar que los instrumentos internacionales recipiendarios de jerarquía constitucional por conducto de la reforma de 1994 (y los que se añadan en el futuro) *valen* tanto como la propia Ley Fundamental y representan, al igual que el texto y el espíritu de ésta, parámetros para el contralor de constitucionalidad de la normativa legal e infralegal.

IV. 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, emprenderemos un rápido recorrido enunciativo de algunos precedentes de diversos órganos judiciales federales y de la Cámara Nacional Electoral (dictados entre 1995 y 2001) en los que se aceptó la participación de *amici curiae*.²⁹

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 interno (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*,³⁰ por medio de la resolución emitida —por mayoría— el 18 de mayo de 1995.³¹

²⁹ Un antecedente contrario a la admisión de las presentaciones de *amici curiae* puede constatarse en la causa *Kimel, Eduardo s/ Injurias*, tramitada ante la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal.

³⁰ La presentación fue suscrita por distintos funcionarios en representación del 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.

³¹ Su texto puede ser consultado en *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, n° 21, enero-junio de 1995, San José de Costa Rica, pp. 149 y ss.

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 ésta.³²

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 II^a.³³

D. Por su parte, en *Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo*, de la Cámara Nacional Electoral (pronunciamiento del 10 de octubre de 2000), 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 expidiera dicho órgano de alzada respecto del recurso de apelación interpuesto por el amparista, a la sazón, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), que había promovido tal acción contra el Estado nacional (Ministerios del Interior y de Justicia), con el objeto de obtener que se adoptaran las medidas necesarias para garantizar el derecho constitucional a sufragar de las personas detenidas sin condena en todos los establecimientos penitenciarios de la nación, en condiciones de igualdad con el resto de los ciudadanos, objeto para el cual solicitó que se declarara la inconstitucionalidad del artículo 3, inciso *d* del Código Electoral Nacional.

La jueza federal de primera instancia rechazó el amparo, tanto por considerar 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 artículo 3, inciso *d*, del Código Electoral Nacional, que excluye del padrón electoral a “los detenidos por orden de juez competente mientras no recuperen su libertad”.

Arribada la causa a la CSJN, ésta confirmó el fallo en el marco del recurso de hecho deducido por la actora *in re M. 1486. XXXVI - M. 1491. XXXVI: Mignone, Emilio Fermín s/ promueve acción de amparo* (sentencia 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 posibilitara 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 con-

³² La solicitud fue articulada por dos letrados en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

³³ También aquí intervino el CELS.

denados” y, en ese marco, consideró prudente “disponer que este derecho sea implementado *por las autoridades competentes dentro del plazo de seis meses*”.³⁴

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 I^a de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.³⁵

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 declarara 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 I^a 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 artículo 484 del CPCCN. En definitiva, y mediante argumentos propios, la sala decidió por mayoría confirmar el pronunciamiento resistido.³⁶

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

³⁴ El énfasis, en ambos casos, ha sido añadido. Los párrafos entrecomillados corresponden al considerando 9° de la mayoría, compuesta por Nazareno, Moliné O'Connor y López. En sendos votos particulares, aunque coincidentes en lo sustancial, lo hicieron Boggiano (véase el considerando 8°) y Bossert (véase el considerando 30). Por su parte, Fayt y Petracchi, en voto conjunto, concurrieron con la mayoría (véase, sobre el punto en cuestión, el considerando 19).

³⁵ Un comentario a tal fallo puede compulsarse en Víctor Bazán, “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)*, LexisNexis, n° 43, Buenos Aires, 2003, pp. 215-225. Por su parte, el fallo íntegro se encuentra transcrito en las pp. 197-215 de la misma obra.

³⁶ La mayoría estuvo compuesta por los doctores Coviello y Buján. Por su parte, el voto minoritario correspondió al doctor Licht, quien en tal moción disidente abundó en consideraciones referentes a la temática del *amicus curiae*.

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 instaurara 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 argentina aún no ha tenido ocasión de expedirse contundentemente por la admisión de *amici* en expedientes radicados ante ella.³⁷

No es sencillo descifrar cuál será la percepción del cuerpo sobre el particular. Solamente estamos en condiciones de precisar que, al menos *extrajudicialmente*, el hoy ex presidente del Tribunal, doctor Julio S. Nazareno, exteriorizó su visión claramente favorable a la recepción del instituto incluso sin ley que lo plasmara 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 “Participación ciudadana en los procesos judiciales” (primera sesión plenaria dedicada a tratar lo relacionado con la problemática de la organización judicial), precisó contundentemente y sin ambages que, si bien no existen en la República Argentina normas procesales que contemplen la figura del *amicus curiae*, una intervención de esta naturaleza ante la Corte Suprema no debe ser dogmáticamente desestimada ante la ausencia de texto legal, pues podría estar justificada en la naturaleza e implicaciones del fallo 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 Final, y 23.521, de Obediencia Debida,³⁸ se ha presentado un *amicus curiae* para

³⁷ 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.

³⁸ Específicamente aludimos al caso *Simón, Julio y otros*, en el que la Sala IIª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal confirmó la resolución de primera instancia. En esta última, el fallo fue pronunciado por el doctor Gabriel R. Cavallo —hoy juez de cámara— el 6 de marzo de 2001, declarando la invalidez, la inconstitucionalidad y la nulidad insana-

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).

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.

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 patentizada en el dictamen.

ble de los artículos 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.

V. Algunas aristas de la problemática del *amicus curiae* dignas de mención

I. Sobre el sustento constitucional de la figura

Nítidamente al menos, no se observa la existencia de cláusula o principio constitucional alguno que pudiera quedar comprometido o lesionado si se viabilizara la participación del *amicus curiae* en el proceso, aun sin consagración legal expresa.

En una aproximación preliminar, parecería que tal institución recepta legitimación constitucional, enunciativamente, por parte de los artículos 14 (derecho de peticionar a las autoridades), 18 (debido proceso), 33 (derechos y garantías implícitos), 28 (prohibición de toda limitación irrazonable al ejercicio de los derechos) y 75, inciso 22, párrafo 2°, en cuanto a la jerarquización constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos allí individualizados y los que en el futuro sean ungidos con tal carácter,³⁹ 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).

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

También, cabe computar otro elemento coadyuvante, cual es la directriz incorporada por la aludida reforma en pro de hacer extensiva, en la acción de amparo, la legitimación (ergo, la intervención) de las ONG o asociaciones que persigan la protección de derechos de incidencia colectiva, a la luz del artículo 43, párrafo 2°, 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* (artículo 16) con la *igualdad material*, lo que queda corporizado en el texto constitucional con una fórmula léxica que, con matices, puede resumirse como: *igualdad real de oportunidades, posibilidades y de trato* (véanse, v. g., artículos 37, 75, incisos 2, 19 y 23), para cuya operativización sin eufemismos se requiere del Estado que *actúe* paliando arbitrarias discriminaciones y previniendo o corrigiendo infundadas desigualdades,⁴⁰ por caso,

³⁹ A la nómina expedida en el párrafo segundo de tal cláusula constitucional se ha añadido la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, instrumento al que se ha adjudicado semejante alcurnia por medio de la ley 24.820 (BO del 29.5.1997).

⁴⁰ Véase por ejemplo Víctor Bazán, “La Constitución y la jurisprudencia contra la inercia legislativa o el principio del fin de las excusas”, en Germán J. Bidart Campos (coord.), *Economía, Constitución y derechos sociales*, Ediar, Buenos Aires, 1997, pp. 111-174, en esp. pp. 124-130; “Respuestas normativas y jurisdiccionales frente a las omisiones inconstitucionales: una visión de derecho compa-

mediante la generación de políticas de discriminación inversa para beneficiar a los grupos o personas tradicionalmente desaventajados. A ello parecería 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 podría resultar redundante en relación con el término al que refiere, calificándolo—, vislumbramos que el *amicus curiae* puede encaramarse como una herramienta interesante para aportar en favor de la democratización y la transparencia del debate judicial, en ciertos casos que excedan el mero interés de las partes o supuestos que puedan resultar paradigmáticos por la proyección social y pública que la decisión a adoptar sea susceptible de engendrar.

Por supuesto, deberán quedar siempre a buen resguardo las atribuciones del tribunal para rechazar o desglosar memoriales de *amici* que sólo pretendan entorpecer o prolongar excesivamente el juicio, afectando elementales principios como el de economía procesal y los legítimos derechos de los litigantes porque, de lo contrario, se desnaturalizarían los fines de la figura, volviéndose ésta nociva y antifuncional, al tiempo que se 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*.⁴¹

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 legalmente.

Además, y acudiendo a una hermenéutica *analogizante*, podría conjeturarse que si en nuestro país existe en el orden federal un antecedente normativo que *expresamente* alude al instituto (nos referimos al artículo 7 de la ley 24.488,⁴² de

rado”, en Miguel Carbonell (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 91-286.

⁴¹ Krislov, o. 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]).

⁴² Tal ley, sobre “Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante tribunales argentinos”, fue sancionada el 31.5.1995, promulgada parcialmente el 22.6.1995 y publicada el 28.6.1995. Concretamente en su artículo 7, establece: “En el caso de una demanda contra un Estado extranjero, el

1995),⁴³ 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 los escenarios jurídicos locales, vemos que los propios reglamentos de la Corte Suprema o de los Superiores Tribunales provinciales podrían contemplarla sin necesidad de *interpositio legislatoris*, desde que, en definitiva, coadyuva a garantizar el debido proceso⁴⁴ y puede proporcionar nuevos elementos de análisis o enfoques jurídicos idóneos para realzar cualitativamente las decisiones judiciales, al tiempo que —ya como sostienen Abregú y Courtis— la posibilidad de fundar éstas en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial.⁴⁵

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].

⁴³ Fuera del ámbito federal, es decir, ingresando en el plano local, específicamente en el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es dable verificar que en el artículo 22 de la ley 402 (de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ), sancionada el 8.6.2000, promulgada por decreto 956 del 6.7.2000 y publicada en el *BOCBA* el 17.7.2000), se ha institucionalizado la figura, estableciéndose (concretamente en el marco del ejercicio de la acción declarativa de inconstitucionalidad de jurisdicción originaria y exclusiva del TSJ) las pautas para la participación en el proceso de los asistentes oficiosos. Dicho artículo 22 dispone:

“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.

”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”.

⁴⁴ Coincidimos con la apreciación que sobre el punto particular nos hiciera el profesor Walter F. Carnota en un intercambio de ideas informal sobre el tema del *amicus curiae*.

⁴⁵ Martín Abregú y Christian Courtis, “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino”, en el excelente volumen colectivo compilado por dichos autores: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 388.

Finalmente, los autores citados en último término nos ponen frente a otro motivo sobre el que asentar la no imprescindible de consagración normativa expresa para la procedencia del instituto. Condensando el pensamiento de aquéllos, puede decirse que, si ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos existe la posibilidad de comparecer en calidad de *amicus* y si llegar con un caso ante ella supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado demandado —requisito este último concedido, según la Corte, en interés del propio Estado—, resulta entonces absurdo prohibir a instituciones o grupos interesados presentarse en calidad de *amicus* ante los tribunales internos (oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación en sede interna) y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte por la imputación de los mismos hechos. Además, y siendo la instancia interamericana coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno, parece razonable —sostienen— ofrecer a los grupos o instituciones interesados en articular opiniones fundadas sobre la materia en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede interna que la que tienen en sede internacional, adelantando ante los tribunales locales argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte Interamericana.⁴⁶

3. ¿Lesión al principio *iura novit curia*?⁴⁷

Desde otro perfil, estimamos que de ninguna manera cabría predicar de la figura incompatibilidad con el principio *iura novit curia*, dado que el magistrado actuante jamás debe abdicar de su obligación de seleccionar y aplicar el derecho pertinente para resolver el caso, independientemente de si aquél coincide o no con la argumentación traída por el *amicus*. Además, 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 inferiores.⁴⁸

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 392-393.

⁴⁷ El interrogante no alude a un supuesto de ciencia-ficción. Por el contrario, una de las mociones disidentes emitidas 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 (cf. voto de la doctora Riva Aramayo).

⁴⁸ 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.

Pero además, aquel brocárdico sólo indica que el juez no se encuentra vinculado por las calificaciones jurídicas de los justiciables,⁴⁹ 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 receptor 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 hemos puesto recurrentemente de manifiesto— en adelantar algunas ideas en relación con la factibilidad del empleo del *amicus curiae*, aun sin ley que lo institucionalice, sin perjuicio de lo cual reconocemos que el debate sobre tal institución está muy lejos de haberse agotado.

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

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

- discernir si la intervención de *amici curiae* sólo podrá ser solicitada por éstos y/o por las partes o si también el tribunal recibirá atribución para requerir, *motu proprio*, dicha participación;
- si las partes pueden o no oponerse a que los asistentes oficiosos actúen en el proceso;
- si cabe correr traslado a aquéllas del pedido de éstos para intervenir en la causa y si, ante la oposición de los litigantes, podría igualmente el tribunal conceder a los *amici* habilitación para ingresar al proceso;
- si, no obstante la conformidad expresa o tácita de las partes, podría de todos modos el tribunal rechazar la presentación de los asistentes oficiosos;

⁴⁹ Cf. Augusto M. Morello, Gualberto L. Sosa, y Roberto O. Berizonce, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*, Platense y Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed. reelab. y ampl. (1ª reimpres.), 1990, t. I, p. 121.

- 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. g., la CSJN, la Cámara Nacional de Casación Penal y las Cámaras Nacionales y Federales de Apelación;⁵⁰ o sólo ante alguno de tales órganos jurisdiccionales;⁵¹
- si la presentación de *amicus curiae* debería quedar limitada sólo a personas u organismos de reconocida especialización y/o experiencia con relación al asunto en debate o si la participación debería ser, al menos *a priori*, amplia o indiscriminada;
- si los escritos sólo deberían versar sobre cuestiones jurídicas o también podrían introducirse en aspectos fácticos de la causa;
- explicitar si el memorial deberá cumplimentar ciertos requisitos formales; en su caso, cuáles y en qué instrumento normativo estarán contenidas tales pautas a observar;⁵²
- 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 comparece.⁵³

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,

⁵⁰ 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, registrados bajo los n^{os} 0662-S-01 y 0050-PE-02.

⁵¹ Como lo preveía el proyecto de ley n^o 68-D-90 presentado ante el Legislativo nacional 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 (cf. artículo 1 del proyecto), o sea, concretamente, en la sustanciación del recurso previsto en el artículo 14 de la ley 48.

⁵² Por ejemplo, el proyecto de ley n^o 0662-S-01 dispone, en su artículo 4, que el *amicus curiae* deberá presentarse por escrito de acuerdo con las formalidades fijadas por el Reglamento para la Justicia Nacional.

⁵³ Se ha dicho que, en principio, quien interviene en un juicio como *amicus curiae* no está alcanzado por los efectos de la cosa juzgada (cf. Wright, Miller y Cooper, *Federal practice and procedure*, vol. 18, p. 432, cit. por Héctor A. Mairal, *Control judicial de la administración pública*, vol. 2, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 724, nota 32 a pie de página).

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 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 preconcepciones 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 ella; escuchar a los *amici*, que —en ocasiones— podrán realzar cualitativamente el debate y aportar para la conformación de la argumentación judicial, mas sintiéndose libres para servirse o separarse de los fundamentos arrimados por aquéllos, con honestidad y responsabilidad, pero, fundamentalmente, con la íntima convicción de estar dilucidando el caso con dosis equilibradas de medida y prudencia, haciendo mérito de los diversos factores convergentes en él 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 fondo.⁵⁴

El maestro español reenvía a Bachof, quien afirma que cuando las sentencias (con efectos vinculantes generales o fuerza de ley) son “políticamente inexactas o falsas (en el sentido de que desbaratan las tareas políticas legítimas de la dirección del Estado) la lesión puede alcanzar a la comunidad política entera”, por lo que, “más que el juez de otros ámbitos de la justicia, puede y debe el juez constitucional no perder de vista las *consecuencias* —y las frecuentemente consecuencias políticas— de sus sentencias”⁵⁵ [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 decisiones;⁵⁶ 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*”⁵⁷ [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, su vinculación última ancla en el derecho.

Complementariamente, y para concluir, permítasenos decir que coincidimos con Sagués cuando afirma que el operador-intérprete de la Constitución maneja normas, pero también conductas y valores,⁵⁸ y que, por tanto, la previsibilidad es y debe ser parte del razonamiento jurídico,⁵⁹ puesto que, al tiempo que valor político, es también valor jurídico.⁶⁰ El autor citado sintetiza su conclusión, subrayando que la interpretación de la norma (y —agregamos— la propia actividad del tribunal), para ser axiológicamente correcta, debe ser “previsora” y no imprevisora, temeraria o imprudente, debiendo auscultar las consecuencias y los resultados de la interpretación, tanto para el caso concreto como para el medio social en que su tarea se desenvuelve.⁶¹

⁵⁴ Eduardo García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, reimpr., 1991, pp. 179-180.

⁵⁵ Otto Bachof, “Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik”, publicado en la recopilación a cargo de Peter Häberle, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976, pp. 285 y ss.; aludido por García de Enterría, o. cit., p. 180.

⁵⁶ García de Enterría, o. cit., p. 183.

⁵⁷ Bachof, o. cit., pp. 302-303; mencionado por García de Enterría, o. cit., pp. 183-184.

⁵⁸ Néstor P. Sagués, *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 114.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 115.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 122.

⁶¹ *Ibidem*, p. 127.

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

En tales hipótesis, las presentaciones de *amici curiae* podrían coadyuvar al enriquecimiento cualitativo del material sobre el cual la magistratura desenvolverá la tarea de *ponderación* cuando en los asuntos a dirimir convergen distintos principios —eventualmente antagónicos— y cada uno de los pasos o fases de la argumentación judicial⁶² implica un llamamiento al ejercicio de valoraciones que conlleva cierto margen de *discrecionalidad*, patentizable sobre todo —como afirma Prieto Sanchís— “cuando se pretende realizar la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, donde la apreciación subjetiva sobre los valores en pugna y sobre la relación ‘coste-beneficio’ resulta casi inevitable”.⁶³

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 entendida.⁶⁴

⁶² Aunque quizás rudimentaria y obvia nuestra apreciación, recordamos que no sólo las partes en el proceso argumentan jurídicamente, sino que el juez también lo hace (véase, por ejemplo, Armando S. Andruet [h.], “La sentencia judicial”, en Olsen Ghirardi [dir.]: *El razonamiento judicial*, t. 4, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2001, pp. 59 y ss.).

Profundizando la precedente afirmación, se ha puntualizado acertadamente que la problemática de la argumentación —desde la óptica de su contenido o de su campo de aplicación— se presenta en una doble perspectiva: una dialógica, dentro del debate que regla el proceso, dirigida a persuadir y convencer al juez en defensa de las posiciones asumidas por los 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 (cf. Ariel Álvarez Gardiol, “Motivación de las sentencias y razonabilidad”, en Olsen Ghirardi [dir.]: *El siglo XXI y el razonamiento forense*, t. 3, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Filosofía del Derecho, Córdoba, 2000, pp. 11-12).

⁶³ Prieto Sanchís, Luis: “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en materiales de enseñanza del curso de posgrado “Constitucionalismo y democracia. Nuevos paradigmas de la teoría del derecho”, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 2002, p. 29 del trabajo.

⁶⁴ *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 —neonconstitucionalismo—),⁶⁵ como líneas salientes que cabría extraer de los comentarios precedentes y extrapolar a nuestro derecho vernáculo, creemos de importancia poner el acento en la trascendente labor de *ponderación* a cargo de la magistratura, con cuyo eficaz y valioso desenvolvimiento podrían colaborar las presentaciones de *amici curiae* en orden a fortalecer el debate judicial y contribuir a la elaboración de sentencias que, abasteciendo la exigencia de razonabilidad,⁶⁶ generen paralelamente algún grado de consenso en la comunidad.⁶⁷

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, en los que se patentice un relevante interés jurídico que exceda del propio y estricto de los litigantes, se permita la intervención de *amici curiae*, oyéndolos y, así, democratizando en cierta medida el debate, lo que —al menos, en principio— podría permitir al juez munirse de variados elementos jurídicos y de ópticas diversas, y ver vigorizada su posición para sentenciar al recabar una cierta dosis

⁶⁵ Prieto Sanchís puntualiza que el neonconstitucionalismo parecería 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” (ibídem, p. 9).

⁶⁶ *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 los vocablos *proporcionalidad* y *ponderación* como sinónimos; sin embargo, aclara que, en realidad, parece que la ponderación representa la última fase del principio de proporcionalidad, esto es, lo que denomina “proporcionalidad en sentido estricto” (Luis Prieto Sanchís, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, en *Doxa*, n° 23, 2000, Alicante, pp. 178-180 y nota a pie de página 56).

⁶⁷ 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”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 22, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 108).

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 seria y agudamente en el arduo problema de la dificultad contramayoritaria⁶⁸ de los jueces, trasuntando visiones críticas respecto del control judicial de constitucionalidad, conceden algún grado de utilidad al empleo del *amicus curiae*.

En efecto, Gargarella —luego de detallar las soluciones que tanto el conservadurismo como el populismo intentaban proporcionar frente al carácter contramayoritario del poder judicial— se aboca al examen de lo que denomina “soluciones ‘intermedias’ para el problema del control de las leyes”, catalogándolas como propuestas que tendieron a aceptar la práctica del predominio judicial en el control de las leyes, pero procurando “debilitar” sus rasgos más conservadores.⁶⁹ 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 apoyo.⁷⁰ Tal práctica —siempre en la visión autoral citada—, muy difundida en Estados Unidos, 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 seriedad y prestigio reconocidos.⁷¹ Ya al momento del balance de las soluciones intermedias, que —en la percepción de Gargarella— aparecieron con el objeto de aliviar las críticas que solían dirigirse al carácter contramayoritario de la justicia, comenta que aquéllas ostentan un carácter meramente “remedial”, en tanto nunca ponen en cuestión la raíz conservadora propia del sistema que se procura modificar o morigerar y en todos los casos se sigue contando con un grupo de individuos especializados en el control de las decisiones constitucionales más básicas.⁷²

⁶⁸ Más allá de las referencias autorales que, en el texto, dispensaremos a continuación sobre el particular, es ineludible nombrar y reenviar, entre otros, a Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.

⁶⁹ Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 105.

⁷⁰ *Ibídem*, pp. 105-107.

⁷¹ *Ibídem*, p. 107.

⁷² *Ibídem*, 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”.⁷³ 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 participan, con igual oportunidad, todos los que están afectados por la norma que se toma como base de la decisión.⁷⁴ 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*.⁷⁵ 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*.⁷⁶

Por último, Carrió, en contrapunto con los anteriores, defiende (condicionadamente) la *Judicial Review* y alude a lo que denomina el “control ‘democrático’” de ésta, aseverando que una reforma interesante sería introducir la institución del *amicus curiae*, ya que el debate judicial adquiriría con ella una apertura y una amplitud de integración que no tienen hoy, en medida suficiente, nuestros procedimientos contradictorios, agregando que *el debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra*.⁷⁷

Antes de 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 con

⁷³ Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 685.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Ibíd.*, p. 696.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Genaro R. Carrió, “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*”, en Autores varios: *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y Debates, n° 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 162.

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.

VI. Observaciones finales

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 implicaciones constitucionales de la institución, no se alcanza a vislumbrar que, al menos abiertamente, exista cláusula o principio alguno de nuestra Ley Fundamental que resulte comprometido 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— la sanción de una preceptiva espe-

cífica que demarcara los lineamientos funcionales básicos de aquélla, en orden a delimitar con nitidez la índole, el alcance y los efectos de la participación procesal que habría de conferírsele y alejar de tal manera el riesgo que supone el dictado de respuestas jurisdiccionales intercadenas. Aquellos trazos normativos serían, a su vez, complementados y pormenorizados por la praxis jurisdiccional que vaya desplegándose en derredor de la figura.

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 interno y la fuerza que receptan los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales, a cuyos repertorios de precedentes (por ejemplo, en el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos) y jurisprudencia (v. g., en el de la Corte Interamericana) deberían adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en el escenario judicial local, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y por la doctrina judicial de la Corte Suprema.

En ese sentido, el *amicus* está llamado a cumplir un papel relevante en la medida en 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. g.— los aludidos órganos del sistema protectorio interamericano, espectro en el que no cabe soslayar que los documentos internacionales recipientes 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 fueron 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 ella, 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 incorporado.⁷⁸ Precisamente aquella amplitud del debate —se ha añadido— es lo que permitirá que el precedente constitucional que surja de la sentencia tenga verdadera ejemplaridad.⁷⁹

En sintonía con ello, y al modo como fue expuesto anteriormente, el *amicus curiae* presenta una destacada raíz democrática y su intervención entraña, conforme lo enseñado por Nino, una herramienta para hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial en el marco del activismo judicial, actitud esta última que se muestra fructífera para promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación, sobre todo, de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso.⁸⁰

Convergentemente, y en el marco de las reformas que propone para el mejoramiento democrático de la *Judicial Review*, Carrió considera que una modificación de interés en tal dirección sería incorporar la figura que abordamos en este trabajo, dado que el debate judicial adquiriría con ella una apertura y una amplitud de integración que no tienen hoy, en medida suficiente, nuestros procedimientos contradictorios, añadiendo que *el debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra*.⁸¹

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 *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

⁷⁸ Sola, o. cit., p. 96.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ Nino, l. cit. nota 73.

⁸¹ Carrió, l. cit. nota 77.

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*⁸²), 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 decisiones.⁸³

⁸² 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 fue realizada por el profesor Fabián Salvioli en una conversación informal que mantuvimos al respecto.

⁸³ La oración que cierra el texto parafrasea una apreciación de Marina Gascón Abellán, quien en un certero párrafo precisa: “Los estudios relativos a la argumentación jurídica, y singularmente judicial, así como a la función y posición de los tribunales en un sistema normativo evolucionado, han conocido un extraordinario desarrollo en las últimas décadas. Acaso 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— (*La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 9).