

# ***Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional\*\***

## ***Amicus curiae*, constitutional justice and qualitative strengthening of constitutional debate**

### SUMARIO

Preliminar. I. Acercamiento inicial a los perfiles de la figura. II. Génesis y propagación. III. Empleo del instituto por distintos órganos de cierre de la justicia constitucional en Latinoamérica. IV. Lineamientos generales de la figura. V. Un ámbito temático de singular relevancia para las aportaciones de los *amici curiae*. Puntualizaciones conclusivas. Bibliografía.

### RESUMEN

El presente estudio indaga sobre los perfiles actuales del *amicus curiae* y su importancia en el despliegue de la justicia constitucional. Analiza asimismo su utilidad como instrumento para viabilizar la participación ciudadana en el debate judicial en torno a asuntos de interés institucional y social, y evalúa su aporte cualitativo al acervo argumental de los tribunales internos e internacionales de derechos humanos, sobre la base del crecimiento de los espacios de interacción del derecho constitucional, el derecho procesal constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Catedrático de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Derecho Procesal Constitucional (DPC) y Derecho Internacional Público. Fundador y actual director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Profesor de posgrado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en diversas universidades argentinas y extranjeras. Miembro de la junta directiva del Instituto Iberoamericano de DPC. Vicepresidente del Centro Argentino de DPC. Miembro de la *International Academy of Comparative Law*, con sede en París. Miembro individual de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. Contacto: vba\_mart9@yahoo.com.ar

\*\* Recibido el 3 de mayo de 2014, aprobado el 26 de septiembre de 2014.

Para citar el artículo: V. BAZÁN, “*Amicus curiae*, justicia constitucional y fortalecimiento cualitativo del debate jurisdiccional”, *Derecho del Estado* n.º 33, Universidad Externado de Colombia, julio-diciembre de 2014, pp. 3-34.

## PALABRAS CLAVE

*Amicus curiae*; justicia constitucional; derecho internacional de los derechos humanos; transparencia y democratización del debate judicial; derecho comparado.

## ABSTRACT

This study investigates the current profiles of the *amicus curiae* and its importance in the deployment of constitutional justice. Also analyzes its usefulness as an instrument of viability of citizen participation in the judicial debate around issues of social and institutional interest, and evaluates its qualitative contribution to the lines of reasoning of the domestic and international human rights courts, on the basis of growth opportunities for interaction of Constitutional Law, Constitutional Procedural Law and International Human Rights Law.

## KEYWORDS

*Amicus curiae*; Constitutional Justice; International Human Rights Law; transparency and democratization of jurisdictional discussion; Comparative Law.

## PRELIMINAR

En el presente trabajo nos proponemos realizar algunas reflexiones generales sobre el *amicus curiae* (“amigo del tribunal” o “asistente oficioso”) y subrayar su incidencia o utilidad para elevar la cotización cualitativa del debate jurisdiccional constitucional.

En el curso de este emprendimiento propositivo, y luego de intentar un acercamiento conceptual, enfocaremos en primer término la génesis de la figura, su trasvase al derecho inglés y su posterior canalización hacia otros ámbitos geográficos donde impera el *Common Law*, además de su utilización en instancias internacionales y el paulatino empleo que de la misma hacen los órganos de cierre de la justicia constitucional en ciertas latitudes del arco latinoamericano.

Posteriormente, describiremos de manera sucinta la metamorfosis que sufriera el instituto desde su configuración primigenia hasta la actualidad y, en función de lo anticipado, nos detendremos en las interesantes perspectivas y potencialidades funcionales que suministra para brindar mayor transparencia a las decisiones jurisdiccionales de interés público, encumbrarse como un vehículo para democratizar la discusión jurisdiccional y, por extensión, vigorizar la garantía del “debido proceso”, que involucra –*inter alia*– la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión

eminente en cabeza de los jueces constitucionales, cuya legitimidad en buena medida se asienta en la razonabilidad de sus pronunciamientos.

Es que en este ámbito, como en general sucede en todos los espacios jurídicos relevantes, la labor de la magistratura constitucional debe estar recorrida axiológicamente por la pauta de la razonabilidad, imperativo irrecusable del Estado Constitucional.

Retomando el anuncio del itinerario que proyectamos transitar, advertimos que en el tramo final del nudo del trabajo –y de modo inmediatamente anterior al epílogo– no estarán ausentes ciertas apreciaciones en torno al aporte que la figura puede brindar en un ámbito especialmente significativo: *el de la aplicación, por los magistrados locales, del derecho internacional de los derechos humanos*, sin soslayar su paralela contribución a la labor de los propios jueces de tribunales internacionales; perfil funcional de una magnitud tal que invita, al menos, a desterrar visiones que descarten *a priori* el instituto que concita aquí nuestra atención.

#### I. ACERCAMIENTO INICIAL A LOS PERFILES DE LA FIGURA

En una caracterización tan solo preliminar del instituto, aunque de utilidad para perfilar sus contornos básicos, y siempre dejando a buen resguardo las particularidades que puede exhibir cada contexto jurídico específico, cabe recordar que:

- están facultadas para comparecer como *amici curiae* las personas físicas o de existencia real y las personas jurídicas, morales o de existencia ideal (según las distintas nomenclaturas que puedan emplearse), siempre que acrediten reconocida competencia en la temática en examen en el proceso;
- el *amicus curiae* no reviste carácter de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a estas;
- su intervención no debe confundirse con la de un perito o de un consultor técnico;
- su actividad se ciñe a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante, por lo que, precisamente, debe ostentar un afán justificado en la decisión que pondrá fin al pleito en el que se presenta, debiendo aquel exceder el de los directamente afectados por la resolución concreta; y, por último,
- su comparendo no vincula al tribunal actuante ni genera costas u honorarios.

En la línea indicada, su condición de amigo del tribunal se materializa mediante una actividad de alegación sobre el tema que constituye el objeto de una decisión judicial, tarea que realiza como tercero, es decir, como persona ajena a la relación jurídico-procesal pero interesada en el resultado

del juicio<sup>1</sup> en el que se debatían cuestiones jurídica, social, política y/o institucionalmente sensibles.

## II. GÉNESIS Y PROPAGACIÓN

### 1. Origen y difusión hacia espacios de habla o influencia inglesas

Los primeros antecedentes del instituto pueden ubicarse en el derecho romano<sup>2</sup> y luego en el derecho inglés, siendo posteriormente receptado y desarrollado en el contexto jurídico norteamericano y en otros países de habla o influencia inglesas.

Así, en relación con estos últimos, pueden computarse la Regla (*Rule*) 18 de la Suprema Corte de Justicia de Canadá; la Orden IV, par. 1, de las Reglas de la Suprema Corte de India; la *Rule* 81 de la *High Court* de Nueva Zelanda y, en Australia, el precedente *Lange v. ABC* [S 108/116]<sup>3</sup>; además de la Corte Constitucional de Sudáfrica, donde la utilización de la figura es alentada con intensidad.

Por su parte, en Estados Unidos la práctica está muy arraigada<sup>4</sup>. De hecho, en las *Rules* del Alto Tribunal<sup>5</sup> se hace referencia a los *amici curiae* en diversos pasajes: así en las n.º 21.2.b, 21.4, 28.7, 29.6, 32.3, 33.1, 44.5 y, fundamental y específicamente, en la n.º 37, 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 que el memorial 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, mientras que uno que no persiga dicho propósito dificulta la tarea de la Corte y su presentación es vista con desfavor (pto. 1).

Precisamente en el marco norteamericano el instituto ha tenido valor protagónico en causas importantes de la Suprema Corte de Justicia Federal, como las referidas a la problemática antidiscriminatoria<sup>6</sup>, la disputa aborto-antiaborto<sup>7</sup> y la eutanasia<sup>8</sup> (*mercy killing*).

1 Cfr. VÍCTOR TRIONFETTI, “El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del *amicus curiae*”, *La Ley*, 2003-F, Buenos Aires, p. 71.

2 Cfr. JULIO C. CUETO RÚA, “Acerca del *amicus curiae*”, *La Ley*, Buenos Aires, 1988-D-721.

3 Cfr. GEORG C. UMBRICH, “An ‘Amicus Curiae Brief’ on Amicus Curiae Briefs at the WTO”, en *Journal of International Economic Law*, p. 780, nota 32.

4 El caso *Green v. Biddle* (21 U.S. 1 [1823]) fue uno de los pioneros en la materia en el repertorio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia norteamericana.

5 En vigor desde el 1 de julio de 2013. Su texto puede ser consultado en <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>

6 P. ej., *Regents of the University of California v. Bakke* (438 U.S. 265 [1978]).

7 *Webster v. Reproductive Health Services* (492 U.S. 490 [1989]).

8 En oportunidad del debate 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

En torno al tema, BÖHMER advierte que los casos que la Corte Suprema norteamericana selecciona para decidir son paradigmáticos de alguna situación determinada y sientan jurisprudencia sobre el tema para el futuro, agregando que la importancia de tales causas se hace evidente a partir de *la gran cantidad de capital social acumulado previamente a la decisión del Tribunal*<sup>9</sup>.

De manera convergente, SOLA ha precisado que dentro del modelo dialógico de creación de precedentes, el *amicus curiae* permite la ampliación de los participantes en el debate. Así, mientras mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, *mayor será la legitimidad del precedente* que se establezca y, al mismo tiempo, se cumplirá con el fundamento democrático de que las normas son autoimpuestas y, de allí, obligatorias y legítimas<sup>10</sup>.

En ese sentido, la utilidad del *amicus curiae* está centrada en 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. Precisamente aquella

solicitaban, es posible verificar por ejemplo la presentación de un memorial de *amicus* 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.

También, y sin abandonar el marco meramente referencial, se presentaron como *amici curiae* 72 premios Nobel (además de diversas academias de ciencias estatales y otras organizaciones científicas) en el caso *Edwards v. Aguillard* ante la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos (482 U.S. 578 [1987]), fallado el 19 de junio de 1987. Aquí finalmente se confirmó por mayoría (7 a 2) la declaración de inconstitucionalidad de una ley del estado de Louisiana ("*Balanced Treatment for Creation-Science and Evolution-Science in Public School Instruction Act*") que proscribía enseñar en las escuelas públicas la teoría de la evolución salvo que fuese acompañada de la enseñanza del creacionismo bíblico. Entre otros argumentos, los *amici* señalaron que "la enseñanza de ideas religiosas etiquetadas incorrectamente como ciencia es perjudicial para la educación científica: establece un falso conflicto entre la ciencia y la religión, engaña a nuestra juventud sobre la naturaleza de la investigación científica y, por tanto, compromete nuestra capacidad de responder a los problemas de un mundo cada vez más tecnológico" ("*Teaching religious ideas mislabeled as science is detrimental to scientific education: It sets up a false conflict between science and religion, misleads our youth about the nature of scientific inquiry, and thereby compromises our ability to respond to the problems of an increasingly technological world*"). La anticonstitucionalidad se basó en la violación de la cláusula de establecimiento contenida en la Primera Enmienda de la Constitución estadounidense. En su parte pertinente, aquella dispone que el Congreso no dictará ley alguna por la que se adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente ("*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof*").

9 MARTÍN BÖHMER, "Introducción a los Amici Curiae", en *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, n.º 4, segundo semestre de 1997, FLACSO, Buenos Aires, pp. 101/102.

10 JUAN V. SOLA, "El recurso extraordinario y el debate constitucional", en el n.º especial "Recurso extraordinario federal" de *Jurisprudencia Argentina*, 26 de marzo de 2003, Buenos Aires, p. 95.

amplitud del debate –se ha ańadido– es lo que permitirá que el precedente constitucional que surja de la sentencia tenga verdadera ejemplaridad<sup>11</sup>.

## 2. *En instancias internacionales*

De la misma manera, la figura ha recibido acogida y, en algunos casos, ha tenido amplia utilizaci3n en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y otras instancias transnacionales<sup>12</sup>.

En tal sentido, y con distintos alcances y grados de desarrollo, pueden computarse los supuestos de:

- la *Comisi3n IDH*, donde tales presentaciones son moneda corriente;
- la *Corte IDH*, tanto en asuntos contenciosos como en opiniones consultivas (cfr. arts. 2.3, 41, 47.3 y 67.3 de su Reglamento<sup>13</sup>);
- el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, de acuerdo con el art. 36.2 de la Convenci3n Europea para la Protecci3n de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como con lo establecido por el art. 1 del Protocolo n. 11<sup>14</sup>, relativo a la reestructuraci3n del mecanismo de control establecido por el Convenio, norma que establece la “intervenci3n de terceros” ante el Tribunal<sup>15</sup>;
- los *3rganos de supervisi3n del sistema africano* estatuido por la Carta de los Derechos Humanos y de los Pueblos –Carta de Banjul–, adoptada en 1981 por la Organizaci3n de la Unidad Africana y en vigor desde 1986;
- los *tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda* y la *Corte Especial para Sierra Leona*, según los respectivos arts. 74 de las Reglas de Procedimiento y Prueba;
- la *Corte Internacional de Justicia*, en el ejercicio de cuya competencia consultiva pueden participar las ONG (cfr. art. 50 de su Estatuto), mientras que

11 *Ibíd.*, p. 96.

12 Algunas interesantes referencias sobre el punto pueden compulsarse en FRANCISCO JOSÉ PASCUAL VIVES, “El desarrollo de la instituci3n del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional”, *Revista Electr3nica de Estudios Internacionales*, vol. 21, Asociaci3n Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2011 (<http://www.reei.org/index.php/revista/num21/articulos/desarrollo-institucion-amicus-curiae-jurisprudencia-internacional>).

13 Cfr. el texto aprobado por la Corte en su XLIX Período Ordinario de Sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000 y reformado parcialmente en el LXXXII Período Ordinario de Sesiones del Tribunal, celebrado del 19 al 31 de enero de 2009.

14 El Protocolo n. 11 (*STE* n. 155) entr3 en vigencia el 1 de noviembre de 1998.

15 El art. 13 del Protocolo n. 14 a dicha Convenci3n adici3n3 un nuevo prgrafo al final del mencionado art. 36 de esta, disponiendo: “3. *In all cases before a Chamber or the Grand Chamber, the Council of Europe Commissioner for Human Rights may submit written comments and take part in hearings*”. Es decir, en español: “3. En cualquier asunto que se suscite ante una Sala o ante la Gran Sala, el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa podrá presentar observaciones por escrito y participar en la vista”. Vale recordar que el nombrado Protocolo (*STCE* n. 194) entr3 en vigor el 1 de junio de 2010.

en los casos concernientes a su jurisdicción contenciosa pueden intervenir los organismos internacionales, incluso intergubernamentales;

– la *Corte Penal Internacional*, en función del art. 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba;

– los paneles y el *Cuerpo de Apelación de la Organización Mundial del Comercio* (OMC), y

– el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI)<sup>16</sup>.

### III. EMPLEO DEL INSTITUTO POR DISTINTOS ÓRGANOS DE CIERRE DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LATINOAMÉRICA

#### 1. Introducción

En el plano del derecho interno estatal latinoamericano es preciso destacar enunciativamente algunos casos de utilización del instituto por los respectivos órganos máximos de la jurisdicción constitucional, sea por vía reglamentaria desarrollada por tales tribunales o por materialización legislativa.

Nos referimos a la Corte Suprema de Justicia de Argentina, el Tribunal Constitucional de Perú, el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Colombia.

Veremos asimismo, de una manera breve, cierta praxis de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, y nos referiremos al tema en México, donde por cierto la figura no resulta desconocida y su instrumentación ha sido reclamada desde algunos sectores de la comunidad jurídica.

#### 2. El recorrido propuesto

##### a. Argentina

a. Liminarmente corresponde advertir que no existe una ley *genérica* en el orden federal que consagre el instituto. Solo se observan ciertas normas que *sectorialmente* habilitan su actuación en determinadas circunstancias. Nos referimos a los arts. 7 de la Ley 24.488<sup>17</sup> y 18, inc. e, de la Ley 25.875<sup>18</sup>.

El primero de los dispositivos legales nombrados (Ley 24.488), sobre “Inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante tribunales argentinos”, prevé en su art. 7 que “[e]n el caso de una demanda contra un Estado

16 Para ampliar sobre el tema en el derecho comparado, ver VÍCTOR BAZÁN, por ejemplo, en “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 10, 2006, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 15-50.

17 *Boletín Oficial (B.O.)* de 28 de junio de 1995.

18 *B.O.* de 22 de enero de 2004.

extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto *podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en su carácter de ‘amigo del tribunal’*” (énfasis propio).

Esta normativa establece como principio general que los Estados extranjeros son inmunes a la jurisdicción de los tribunales argentinos, pero en los términos y las condiciones fijados en dicha ley (art. 1), pasando a detallar una extensa serie de supuestos en los que tales Estados foráneos no podrán invocar esa inmunidad (art. 2). La posición que legalmente se adopta queda, así, en línea con la tendencia que venía patentizando hasta entonces el derecho internacional y la propia postura jurisprudencial de la Corte, superando la antigua teoría de la inmunidad jurisdiccional absoluta y ciertos inconvenientes aparejados por el art. 24, inc. 1.º, del Decreto-Ley 1.285/58 y el Decreto 9.015/63, que realizó un añadido al segundo párrafo del art. 24, inc. 1.º, del aludido Decreto-Ley 1.285/58<sup>19</sup>.

Se ha valorado positivamente la figura del *amicus* introducida por la Ley 24.488, estimándose que permitirá al Estado Nacional, como parte interesada en velar por la armonía de las relaciones exteriores del propio país, acercarse al tribunal las pautas necesarias para mensurar en todo su alcance las consideraciones políticas que permitan encuadrar el caso dentro del principio general del art. 1º, en su defecto, en las excepciones del art. 2<sup>20</sup>. La intervención del amigo del tribunal, en tanto órgano del Estado, no está sujeta a consentimiento, dado que tal exigencia sería innecesaria cuando quien se presenta como *amicus* es el propio gobierno o una de sus dependencias, no pudiendo las partes del proceso oponerse a ello; además de que el propio órgano jurisdiccional está facultado para solicitar a organismos del Estado que se hagan presentes en el litigio<sup>21</sup>. Por lo demás, y en lo que respecta al momento en que la presentación del *amicus* debería formalizarse, ello podría realizarse en todo momento, siendo recomendable hacerlo –a modo de alegato– previo al dictado de la sentencia de primera instancia, aunque también es posible el acogimiento de una primera intervención incluso ante la Alzada o la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>22</sup>.

Ya el segundo de los plexos normativos señalados (Ley 25.875) institucionaliza la Procuración Penitenciaria en el ámbito del Poder Legislativo de la Nación, asignándole las funciones que deberá desempeñar sin recibir instrucciones de ninguna autoridad (art. 1).

19 Ver, para ampliar, ALFREDO H. RIZZO ROMANO, *El Estado y los organismos internacionales ante los Tribunales extranjeros*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, pp. 125/129 y 235/251.

20 MARÍA ELSA UZAL, “La inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados extranjeros (El rol del Estado argentino como ‘amicus curiae’)”, *La Ley*, 13 de mayo de 2003, Buenos Aires, p. 4.

21 *Ibíd.*, pp. 4-5.

22 *Ibíd.*, p. 5.

Su objetivo fundamental es proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal, de todas las personas privadas de su libertad por cualquier motivo en jurisdicción federal, incluidos comisarías, alcaldías y cualquier tipo de locales en donde se encuentren personas privadas de libertad y de los procesados y condenados por la justicia nacional que se hallen internados en establecimientos provinciales (id. art.).

Específicamente en cuanto atañe al tema de este estudio, el art. 18 de la ley determina que el Procurador Penitenciario y el Adjunto, por orden del primero o en caso de reemplazo provisorio, están facultados para poner en conocimiento de lo actuado en cumplimiento de sus funciones, a los jueces a cuya disposición se encontrara el interno, respecto del cual se iniciara una actuación, pudiendo, a su vez, expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el magistrado interviniente, en carácter de *amigo del tribunal* (inc. e).

b. Efectuada la presentación preliminar de la situación normativa en el orden federal, y sin ley expresa que establezca de modo genérico el instituto (o sea, sin que mediara *interpositio legislatoris*), la Corte Suprema de Justicia dictó la Acordada n.º 28<sup>[23]</sup>, de 14 de julio de 2004, en la que por mayoría autorizó y reglamentó la intervención de amigos del tribunal en las causas tramitadas ante ella en competencia originaria o apelada.

Entre otros recaudos contenidos en la Acordada n.º 28/2004, la Corte estableció que el presentante debía fundamentar su interés en participar de la causa e informar sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso.

Posteriormente, la Corte fue perfilando los alcances de la figura. Así lo hizo, básicamente, en *Juplast S. A. c/ Estado Nacional y AFIP s/ Amparo*<sup>24</sup>, de 31 de octubre de 2006, donde rechazó numerosas presentaciones de *amici* por considerar que ellas tenían por objeto

... que la causa sea resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se establezca así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza – iniciados o por promoverse– en los que los presentantes o sus representados sean parte o tengan un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado. En el indicado supuesto, la existencia de tal interés determina la improcedencia de la intervención como amigos del tribunal de quienes lo tuvieren, pues resulta incompatible con la imparcialidad que debe guiar la actuación de éstos (consid. 3.º).

23 Un análisis específico de la reglamentación citada en el texto puede consultarse en VÍCTOR BAZÁN, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un importante respaldo institucional a la figura del *amicus curiae*”, *Jurisprudencia Argentina. Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LexisNexis, Buenos Aires, 29 de setiembre de 2004, pp. 5-16.

24 *Fallos*, 329:4590. El decisorio fue firmado por los ministros PETRACCHI, HIGHTON DE NOLASCO, MAQUEDA, LORENZETTI y ARGIBAY.

Basó primordialmente tal conclusión en que no se satisfacía el recaudo establecido en la Acordada n.º 28/2004 en cuanto a que las presentaciones debían ser efectuadas por terceros ajenos a las partes que cuenten con una conocida competencia en la cuestión debatida, “con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio” (consid. 2.º).

Algunos de los lineamientos trazados en *Juplast* nos parecen opinables pues proyectan una imagen restrictiva del instituto, ya que –como advierte COURTIS– cuando el tribunal requiere “imparcialidad” como recaudo a cumplir por los presentantes, puede hacer suponer que estos nunca podrían favorecer a alguna de las posiciones sustentadas por las partes. Añade tal autor:

... [si] éste es el sentido de las palabras de los magistrados para definir ‘imparcialidad’, entonces ‘*Juplast*’ representa un retroceso en materia de admisibilidad del *amicus*. Pues es sumamente plausible que si entendemos a la práctica jurídica como una tarea eminentemente argumentativa, toda razón que se induzca para que el magistrado decida de una u otra manera está revestida de un ‘interés’. Si la imparcialidad implica desconocer o –peor aún– exigir que esto no exista, resultaría desconocer una de las características mismas de la práctica argumentativa e interpretativa. Por último, la acordada en su art. 2.º exige, por un lado, una reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el caso, y, por otro lado, fundar un interés para participar en él. En cuanto a la primera exigencia, creo que ésta da buenas razones para presuponer que un *amicus* goza de un genuino interés de defensa de la cosa pública. Y en cuanto a la segunda exigencia, la propia Corte presupone un interés de quien se presenta y, con éste, la intencionalidad de influir en la decisión final que recae en manos de los magistrados. De allí que aquello que aparece como un requisito para la procedencia del *amicus* no podría entenderse como un impedimento para el mismo<sup>25</sup>.

Sea como fuera, las pautas de viabilidad de las presentaciones de los amigos del tribunal sentadas en *Juplast* fueron confirmadas posteriormente. Así, en el caso *Loñ, Carolina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otros*<sup>26</sup>, de 13 de noviembre de 2007, la Corte rechazó el pedido de los actores en punto a que se desglosara una articulación formalizada por quienes comparecieron como amigos del tribunal, ya que consideró que la presentación se ajustaba a lo establecido en la Acordada n.º 28/2004, sin que se advirtiera que hubiese tenido por objeto que la causa fuera resuelta en un determinado sentido, con la finalidad de que se estableciera así un precedente aplicable a otros pleitos de análoga naturaleza –iniciados o por promoverse– en los

25 CHRISTIAN COURTIS, “Sobre el *amicus curiae*”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 344, nota 44.

26 Causa L.470. XLII. Resolución firmada por los ministros LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, PETRACCHI, MAQUEDA y ZAFFARONI.

que los presentantes o sus representados fueran parte o tuvieran un interés de carácter pecuniario comprometido en su resultado.

c. Dado que la regulación del instituto, tal como fue diseñada en su momento por la Acordada n.º 28/2004, no dio los resultados esperados, por medio de la Acordada n.º 7/2013, de 23 abril, la Corte Suprema modificó el régimen que regula la participación ante sus estrados de los amigos del tribunal, abrogando la citada Acordada n.º 28/2004 y su par n.º 14/2006, de 3 de mayo, que alude a esta última.

Básicamente, la Acordada n.º 7/2013 procura una mayor y mejor intervención de dichos actores sociales y, con ello, alcanzar los propósitos perseguidos de *pluralizar y enriquecer el debate constitucional*, así como *fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales* dictadas por la Corte Suprema en cuestiones de trascendencia institucional.

Dicha acordada se aplicó en el procedimiento previo al dictado de sentencia en el muy importante fallo emitido *in re* G.439.XLIX, G.445.XLIX y G.451.XLIX, Recursos de hecho, *Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ Acción meramente declarativa*<sup>27</sup>, de 29 de octubre de 2013, donde se pronunció respecto de la constitucionalidad de algunas disposiciones de la cuestionada Ley 26.522, de servicios de comunicación audiovisual<sup>28</sup>.

A diferencia de lo que sucediera al sancionar la Acordada n.º 28/2004 (dictada por mayoría, compuesta por los ministros PETRACCHI, BOGGIANO, MAQUEDA, ZAFFARONI y HIGHTON DE NOLASCO, con las disidencias de los jueces BELLUSCIO, FAYT y VÁZQUEZ), en esta ocasión la acordada fue aprobada por todos los ministros que la integran actualmente: jueces LORENZETTI, HIGHTON DE NOLASCO, FAYT, PETRACCHI, MAQUEDA, ZAFFARONI y ARGIBAY.

De una síntesis extrema del nuevo reglamento, que figura en anexo a la acordada, pueden entresacarse los siguientes lineamientos salientes de la remozada configuración del instituto:

- las personas físicas o jurídicas que no fueren parte en el pleito, y que cuenten con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en él, pueden presentarse ante el tribunal en la calidad indicada, en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general;
- quienes pretendan participar en la causa en el carácter mencionado, deben fundamentar en el primer capítulo de su escrito el interés que ostenten y expresar a qué parte o partes apoyan en la defensa de sus derechos, si han recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie,

27 El voto que encabezó el acuerdo fue firmado por los ministros LORENZETTI y HIGHTON DE NOLASCO; en sendos votos concurrentes se pronunciaron los jueces PETRACCHI y ZAFFARONI; en disidencias parciales individuales lo hicieron los ministros MAQUEDA y ARGIBAY; y en disidencia se expidió el juez FAYT.

28 B.O. de 10 de octubre de 2009.

o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso les representará –directa o mediatamente– beneficios patrimoniales;

- la actuación del amigo del tribunal tiene por objeto enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas; y no podrá introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis, o que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos, ni versar sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes;
- la Corte establecerá cuáles son las causas aptas para la actuación de que se trata, mediante una providencia que –salvo situaciones de excepción– será dictada con posterioridad al dictamen de la Procuración General de la Nación<sup>29</sup>;
- el Tribunal podrá invitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, para que tome intervención en los términos de la acordada que reseñamos, a fin de expresar una opinión fundada sobre un punto determinado, y
- el amigo del tribunal no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas; su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales; y sus opiniones o sugerencias tienen por objeto ilustrar a la Corte, la que no queda vinculada por estas pero puede tenerlas en cuenta en su pronunciamiento.

d. Como apunte marginal, cabe mencionar, ya en el marco del derecho público local, que el *amicus curiae* ha sido expresamente establecido en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, concretamente, en el art. 22 de la Ley 402 de Procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de esa Ciudad<sup>30</sup>,

29 Según el art. 9 de la acordada, en el caso de que un tercero pretenda intervenir espontáneamente sin aguardar dicha providencia, deberá solicitar a la Corte la inclusión de la causa en el listado correspondiente. La petición se llevará a cabo mediante una presentación por escrito con las pautas formales establecidas en la acordada, y deberá expresar la naturaleza del interés del peticionario y las razones por las cuales considera que el asunto es de trascendencia o de interés público. La acordada advierte que, hasta tanto la Corte no tome una decisión expresa que admita la solicitud, no se aceptarán presentaciones en el carácter propuesto.

30 Sancionada el 8 de junio de 2000, y promulgada y publicada, respectivamente, el 6 y el 17 de julio del mismo año. El art. 22 mencionado en el texto principal determina lo siguiente: “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

en el contexto de ejercicio de la acción declarativa de inconstitucionalidad estatuida en el art. 113, inc. 2.º, de su Constitución<sup>31</sup>.

Paralelamente, han hecho lo propio otros tribunales del ámbito provincial. Así, ejemplificativamente, el *Superior Tribunal de Justicia de Río Negro*, que lo hizo en la sentencia 41/04 (Secretaría de Causas Originarias n.º 4), de 2 de septiembre de 2004, en exp. 19.565/04, *Odarda, María Magdalena (amicus curiae) s/ Presentación*, quedando luego la figura implementada normativamente por medio de la Ley Prov. 4.185<sup>[32]</sup>, consolidada por Ley Prov. 4.270<sup>[33]</sup>; y la *Suprema Corte de Justicia de Mendoza*, cuya Sala Primera admitió la figura por vez primera en la causa n.º 83.665: *Curel, Gastón Oscar y ots. en J.º 30.554/114.678, Mancilla Cuello, Enrique Ariel y ots. c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza p/ Ac. de Amp. s/ Inc.*, resuelta el 3 de febrero de 2006<sup>[34]</sup>.

#### b. Perú

El art. 13.A<sup>35</sup> del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional (aprobado mediante Resolución Administrativa 095-2004-P-TC, de 14 de septiembre

objeto ilustrar al tribunal y no tendrán 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”.

31 Al solo efecto ilustrativo, se advierte que en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires coexisten dos sistemas de contralor de constitucionalidad: i) uno *difuso e in concreto* (cfr. arts. constitucionales 1, 106 y 113 –salvo el inc. 2.º de esta última norma–), deferido a todos los órganos jurisdiccionales y que, por vía del recurso de inconstitucionalidad, puede llegar al Tribunal Superior de Justicia en todos los casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en las Constituciones Nacional o local (ver art. 113, inc. 3.º); y ii) otro *concentrado e in abstracto*, titularizado exclusivamente por el señalado Tribunal (art. 113, inc. 2.º), el que conoce en instancia originaria y exclusiva de las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contrarias a la Carta Magna Nacional o a la local.

Sobre el particular, y otros temas vinculados con la labor del Tribunal, ver VÍCTOR BAZÁN, “La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales”, en GERMÁN J. BIDART CAMPOS y ANDRÉS GIL DOMÍNGUEZ (coords.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 97/128.

32 Sancionada el 19 de abril de 2007, y promulgada y publicada, respectivamente, el 7 y el 21 de mayo del mismo año.

33 Sancionada el 29 de noviembre de 2007, promulgada el 21 de diciembre del mismo año y publicada el 10 de enero de 2008.

34 Para una breve noticia de este último fallo, puede compulsarse VÍCTOR BAZÁN, “El *amicus curiae* y su debut en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza”, *La Ley Gran Cuyo*, año 11, n.º 6, julio de 2006, Buenos Aires, pp. 736/738.

35 Tal disposición fue incorporada por el art. 2 de la Resolución Administrativa n.º 034-2005-P-TC, publicada el 23 de abril de 2005 en el *Diario Oficial El Peruano*.

de 2004) establece: “El Pleno o las Salas pueden solicitar información de los *amicus curiae* (*amici curiarum*), si fuera el caso, a fin de esclarecer aspectos especializados que puedan surgir del estudio de los actuados”.

Por su parte, el art. 34 de dicho reglamento<sup>36</sup> determina:

Luego de instalada la audiencia, el Presidente dispone que el Relator dé cuenta, en forma sucesiva, de las causas programadas, precisando el número de expediente, las partes que intervienen y la naturaleza de la pretensión. El Presidente concede el uso de la palabra, hasta por cinco minutos al demandante y por igual tiempo al demandado, quienes se ubicarán a la izquierda y la derecha, respectivamente, frente a los Magistrados. A continuación, el Presidente concede el uso de la palabra a los abogados del demandante y del demandado, por el mismo tiempo, los cuales se ubicarán en igual forma que sus defendidos. Está permitida la réplica y dúplica a los abogados por el tiempo que determine el Presidente. Por último, cuando corresponda, se recibirá la participación del *amicus curiae*.

Para finalizar esta breve referencia, y ciñéndonos ahora a la jurisprudencia del Tribunal, pueden relevarse ejemplificativamente los siguientes casos de operativización práctica de la figura: exps. 020-2005-PI/TC y 021-2005-PI/TC (acumulados, caso *Hoja de Coca*), sentencia de 27 de septiembre de 2005 (Pleno Jurisdiccional); y exp. 3.081-2007-PA/TC, Lima, *R.J.S.A. vda. de R.*, recurso de agravio constitucional en proceso de amparo en torno a la problemática de la salud mental, resuelto el 9 de noviembre de 2007 (Sala Segunda).

El/la Defensor/a del Pueblo ha intervenido en diversas ocasiones en calidad de *amicus curiae* tanto ante el Tribunal Constitucional (también el Poder Judicial), como ante la Comisión y la Corte Interamericanas. Tal participación se sustenta normativamente en el art. 162 constitucional y en el art. 17, párr. 3.º, de la Ley 26.520 (Orgánica de la Defensoría del Pueblo)<sup>37</sup>.

#### c. Brasil

El Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>38</sup>, aun antes de la enmienda reglamentaria n.º 15/04 que modificó el § 3.º del art. 131 del Reglamento Interno del STF, para disciplinar la intervención de terceros en procesos de control concentrado

36 Dicho artículo se encuentra vigente conforme a la modificación establecida por el art. 1 de la Resolución Administrativa n.º 034, citada en la nota anterior.

37 Receta asimismo apoyatura normativa en el art. 14.b del Protocolo de Actuaciones Defensoriales, aprobado por Resolución Administrativa n.º 047-2008/DP.PAD, de 15 de agosto de 2008.

38 Sobre el tema en general en el ordenamiento jurídico brasileño, ver DAMARES MEDINA, *Amicus curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?*, Saraiva, São Paulo, 2010.

de constitucionalidad, ya había decidido algunos procesos de ADIn (*Ação Direta de Inconstitucionalidade*) viabilizando la participación de terceros.

Por ejemplo, como señala DA CUNHA FERRAZ, sobre el particular puede verse el relato y el voto del ministro Celso de Mello en la ADIn 2321-MC/DF, generando una construcción jurisprudencial sobre la figura del *amicus curiae* que entrañó un verdadero *leading case*<sup>39</sup>.

Más aún, se ha sostenido que de la interpretación del § 2.º del art. 7 de la Ley 9.868/99 surge que, además de los órganos y entidades formalmente legitimados para articular la ADIn, también lo están cualesquiera otros entes dotados de significativa representatividad, llegándose a aseverar que el STF permitió la participación de *amici curiae* ya antes del dictado de tal ley, por ejemplo en la ADIn 748-4/RS (de 1994), receptando los memoriales de *amici* al visualizar a estos como colaboradores informales del Tribunal en las acciones directas de inconstitucionalidad, sin integrar la relación procesal<sup>40</sup>.

#### d. Colombia

Los dos regímenes normativos que reglamentan las competencias de la Corte Constitucional (C.C.) en materias de proceso de inconstitucionalidad y de acción de tutela son respectivamente los decretos 2.067<sup>[41]</sup> y 2.591<sup>[42]</sup>, ambos de 1991. Ninguno de ellos utiliza literalmente la expresión *amicus curiae*.

El primero de los ordenamientos jurídicos mencionados ha consagrado la figura del “invitado” en el marco de la tipología de procesos que regula.

Así, el art. 13 del Decreto 2.067 establece: “El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito, que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo...” (párr. 1.º); debiendo el invitado, “al presentar un concepto, manifestar si se encuentra en conflicto de intereses” (párr. 3.º) (el destacado no es del original).

En los inicios de la actividad jurisdiccional de la C.C. se objetó la constitucionalidad del citado artículo, lo que dio lugar a la Sentencia C-513/92<sup>[43]</sup>,

39 ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ, “O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada”, *Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais*, año 8, n.º 1, 2008, Unifieo, São Paulo, pp. 65 ss.

40 JORGE AMAURY MAIA NUNES, “A participação do *amicus curiae* no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)”, *Direito Público*, año V, n.º 20, marzo-abril de 2008, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, pp. 54-55.

41 *Diário Oficial (D.O.)*, n.º 40.012, de 4 de septiembre de 1991. Dicho decreto fue expedido por el Presidente de la República en desarrollo del art. 23 transitorio de la Constitución.

42 *D.O.* n.º 40.165, de 19 de noviembre de 1991. Se trata del decreto por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el art. 86 de la Constitución.

43 Exp. D-042, “Acción de inconstitucionalidad contra el artículo 13 del Decreto 2.067

de 10 de septiembre. En dicho proceso de constitucionalidad, el tribunal se decantó unánimemente<sup>44</sup> por sostener la exequibilidad del precepto.

Una brevísima síntesis de lo consignado en el pronunciamiento arroja lo siguiente: el concepto del experto nada decide, nada define; apenas ilustra o complementa y deja a salvo la plena autonomía de la Corte para decidir. Frente a ese juicio que efectúa la C.C., los aspectos materia del dictamen son únicamente *de hecho*, es decir, aquellos relacionados con elementos sobre los cuales habrá de recaer el fallo pero que no pueden confundirse con el análisis jurídico reservado a la Corte; y no atañen a su fundamentación constitucional ni a la inferencia jurídica sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma sujeta a su control.

Pese a lo anterior, la praxis posterior de la C.C. ha delineado progresivamente algunas pautas orientativas sobre la figura, resaltando que:

- tiene carácter imparcial; su finalidad es facilitar la obtención de elementos de juicio, informaciones y evaluaciones en causas de alto interés público, para ilustrar o complementar. En otras palabras, no define ni decide; tampoco ostenta carácter vinculante, pero puede repercutir en la decisión final, aunque sin comprometer la autonomía de la C.C.;
- no se limita a planteos de naturaleza jurídica, dado que la aplicación del derecho al caso concreto es una función propia de la C.C. al momento de decidir, y
- la intervención procesal de la figura concreta el propósito de la democracia participativa establecido en la Constitución.

De su lado, un razonable enfoque respecto de quiénes pueden participar en los procesos perfilados por el Decreto 2.067 viene propuesto por la Academia Colombiana de Jurisprudencia, entidad que ha sostenido que a partir de los arts. 7 y 37<sup>[45]</sup> de aquel surge “la posibilidad de que sobre las normas

de 1991”, acerca de la invitación a entidades públicas, organizaciones privadas y expertos en los servicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional; actor: Ismael Hernando Arévalo Guerrero, M.P.: J. G. HERNÁNDEZ GALINDO.

44 Votaron, además del citado magistrado ponente, los magistrados S. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, C. ANGARITA BARÓN, E. CIFUENTES MUÑOZ, A. MARTÍNEZ CABALLERO, F. MORÓN DÍAZ y J. SANÍN GREIFFENSTEIN.

45 El art. 7 establece: “Admitida la demanda, o vencido el término probatorio cuando éste fuere procedente, se ordenará correr traslado por treinta días al Procurador General de la Nación, para que rinda concepto. Dicho término comenzará a contarse al día siguiente de entregada la copia del expediente en el despacho del Procurador.

“En el auto admisorio de la demanda se ordenará fijar en lista las normas acusadas por el término de diez días para que, por duplicado, *cualquier ciudadano las impugne o defienda*. Dicho término correrá simultáneamente con el del Procurador.

“A solicitud de cualquier persona, el Defensor del Pueblo podrá demandar, impugnar o defender ante la Corte normas directamente relacionadas con los derechos constitucionales” (énfasis añadido).

Por su parte, el art. 37 determina: “Para la efectividad de la intervención ciudadana, en la revisión de los decretos legislativos, repartido el negocio, el magistrado sustanciador ordenará

enjuiciadas, ‘cualquier ciudadano las impugne o defienda’, es decir, que una persona, de hecho, cualquier académico incluso sin haber sido comisionado por la Academia, ni invitado por la Corte, por el simple hecho de ser ciudadano, puede actuar y participar como *amicus curiae*<sup>46</sup>.

Algunas sentencias de la C.C. que se refieren a diversos aspectos de la figura de las intervenciones en procesos de constitucionalidad de leyes, por ejemplo, son las siguientes: C-1155/05<sup>[47]</sup>, de 15 de noviembre, y C-194/13<sup>[48]</sup>, de 10 de abril.

De la complementación de ambos pronunciamientos pueden extraerse algunas pautas interesantes, más allá de las que fueran reseñadas:

- la acción pública de inconstitucionalidad tiene entre sus características esenciales ser un espacio de participación democrática, donde los ciudadanos ponen a consideración de la C.C. posibles contradicciones entre las normas legales y la Constitución, a efectos de que, luego de un intenso debate entre las autoridades públicas concernidas en el asunto, así como las diversas instituciones de la sociedad civil y los demás ciudadanos, la Corte adopte una decisión suficientemente ilustrada sobre la materia debatida;
- una discusión de esta naturaleza exige un presupuesto argumentativo de carácter sustancial, condición metodológica que ha sido sistematizada por la jurisprudencia a través de la definición de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia que deben cumplir las razones que fundamentan el cargo de constitucionalidad;
- el carácter público de la acción de inconstitucionalidad y la naturaleza taxativa de las modalidades de control automático impiden a la C.C. pronunciarse sobre asuntos que no hayan sido formulados por los demandantes; restricción esta que opera también frente a los intervinientes ciudadanos, por dos razones principales: i) el debate democrático y participativo solo puede predicarse de aquellos argumentos contenidos en la demanda, respecto de los cuales los distintos intervinientes y el Ministerio Público pueden expresar sus diversas posturas; y, ii) aunque es evidente que las intervenciones ciudadanas son útiles para definir e ilustrar el asunto debatido, carecen de la virtualidad de configurar cargos autónomos y diferentes a los contenidos en la demanda;
- la naturaleza de las intervenciones ciudadanas en el proceso de constitucionalidad fue consagrada por el Constituyente no solo para que los

que se fije en lista en la Secretaría de la Corte por el término de cinco días, durante los cuales, *cualquier ciudadano, podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la constitucionalidad del decreto*” (énfasis añadido).

46 Academia Colombiana de Jurisprudencia, “Concepto del Académico de Número HERNÁN ALEJANDRO OLANO GARCÍA sobre la ‘Función consultiva de la Academia Colombiana de Jurisprudencia’”, Bogotá, 12 de noviembre de 2013.

47 M.P.: RODRIGO ESCOBAR GIL.

48 M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

ciudadanos puedan impugnar o defender la norma sometida a control, garantía de la participación ciudadana, sino, además, con el propósito de que estos le brinden al juez constitucional elementos de juicio adicionales que le permitan adoptar una decisión; y

- no se trata de una nueva demanda, ni de pretender formular cargos nuevos o adicionales a los planteados por el demandante, por lo que los fallos de la C.C. se estructuran a partir de los cargos hechos por el actor, de tal forma que los argumentos expuestos en los escritos de intervención ciudadana son un soporte que le sirve al juez para realizar el estudio jurídico de las disposiciones legales objeto de control.

Como se ha indicado<sup>49</sup>, en la práctica la limitación de que sean ciudadanas las personas intervinientes (según el art. 7 del Decreto 2.067) no es de aplicación irrestricta, pues existen decisiones de la C.C. en las que personas extranjeras u organizaciones internacionales le hacen llegar a este tribunal sus conceptos sobre el problema jurídico estudiado, por ejemplo, en la Sentencia C-577/11<sup>[50]</sup>, de 26 de julio.

A su tiempo, el art. 13, párr. segundo, del Decreto 2.591 de 1991 (en materia de acción de tutela) dispone: “Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como *coadyuvante* del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud” (destacado nuestro).

Para cerrar este punto, en torno al tema de la intervención ciudadana en tales procesos, específicamente acerca del instituto denominado “coadyuvancia”, pueden ejemplificativamente compulsarse las sentencias T-533/98<sup>51</sup>, de 30 de septiembre, y T-1319/01<sup>[52]</sup>, de 7 de diciembre.

#### e. Guatemala

Sin contar con normativa específica sobre el particular, la Corte de Constitucionalidad guatemalteca ha admitido en algunos procesos la participación de *amici curiae*.

Así, por ejemplo, en el específico ámbito de las acciones de inconstitucionalidad total o parcial, ello puede corroborarse:

- en *exp. 3046-2005*, en el que por mayoría<sup>53</sup> y en decisorio de 29 de marzo de 2007, se acogió la acción de inconstitucionalidad de ley general contra

49 Cfr. NÉSTOR OSUNA, en respuesta a una consulta específica que le formuláramos al respecto.

50 M.P.: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

51 M.P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

52 M.P.: RODRIGO UPRIMNY YEPES.

53 La mayoría estuvo integrada por los magistrados A. MALDONADO AGUIRRE, M. PÉREZ GUERRA, J. F. FLORES JUÁREZ, V. R. GARCÍA PIMENTEL, J. M. ÁLVAREZ QUIROS y H. R. PINEDA SÁNCHEZ. Por su parte, en voto razonado disidente se pronunció el magistrado R. MOLINA BARRETO.

el inc. c.1) del art. 4 de la Ley de sindicalización y regulación de la huelga de los trabajadores del Estado. En tal proceso se viabilizó la intervención como *amicus curiae* de la Procuraduría General de la Nación;

- en *exps. acumulados 1234-2009 y 1585-2009* (inconstitucionalidad de ley general, de carácter total), resueltos por medio de la Sentencia de 22 de julio de 2010<sup>[54]</sup>, admitió en la primera de tales acciones el comparendo en carácter de *amicus curiae* de la Asociación de Defensores del Instituto de la Defensa Pública Penal. Por medio de las citadas acciones, que fueron acogidas por la Corte de Constitucionalidad, se impugnaba el Acuerdo n.º 04-2007, emitido por el Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal el 17 de julio de 2007, contentivo del denominado “Reglamento de convocatoria para la elección del representante de los Defensores Públicos de planta ante el Consejo del Instituto de la Defensa Pública Penal”; y
- en *exp. 3009-2011*, en el contexto de una acción de inconstitucionalidad general parcial contra los arts. 5, 7 y 8 de la Ley contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer, Decreto 22-2008 del Congreso de la República, que fue declarada sin lugar por la Sentencia de 23 de febrero de 2012<sup>[55]</sup>, hubo varios participantes en el proceso de inconstitucionalidad en calidad de *amici curiae*, algunos de los cuales plantearon –en argumento reproducido y tomado por la Corte de Constitucionalidad– que era evidente el fundamento del legislador para asumir la necesidad de protección de la integridad física, sexual y psicológica de la mujer, en especial, en el contexto social guatemalteco, en el que fenómenos de esa violencia obedecen a las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres.

#### f. México

Vale la pena enfocar el caso mexicano, donde el instituto del *amicus curiae* no es desconocido. De hecho, los *amici* se han presentado y presentan ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en algunos casos significativos, y desde algunos sectores se reclama la positivación formal de su intervención en los procesos constitucionales ante dicho tribunal.

a. No es ocioso recordar que entre los años 2003 y 2004 la SCJN llevó adelante la Consulta Nacional para una Reforma Integral y Coherente del

54 La sentencia fue firmada por los magistrados R. MOLINA BARRETO, A. MALDONADO AGUIRRE, M. PÉREZ GUERRA, G. CHACÓN CORADO y J. R. QUESADA FERNÁNDEZ.

55 El pronunciamiento fue signado por los magistrados A. MALDONADO AGUIRRE, M. R. CHACÓN CORADO, H. H. PÉREZ AGUILERA, G. P. PORRAS ESCOBAR, C. M. GUTIÉRREZ DE COLMENARES, M. DE LOS Á. ARAÚJO BOHR y J. C. MEDINA SALAS.

Sistema de Impartición de Justicia en el Estado Mexicano, cuyos resultados quedaron plasmados en el denominado *Libro Blanco de la Reforma Judicial*<sup>56</sup>.

Dicho documento fue redactado por los doctores JOSÉ ANTONIO CABALLERO JUÁREZ y SERGIO LÓPEZ AYLLÓN y el maestro ALFONSO OÑATE LABORDE, a quienes el Comité Organizador de la Consulta Nacional (compuesto por los ministros del Máximo Tribunal Federal, MARIANO AZUELA GÜITRÓN, JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ y JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO) encomendó tal tarea.

Los redactores del *Libro Blanco*, al interpretar los resultados de la Consulta Nacional<sup>57</sup>, identificaron tres ejes temáticos esenciales: la reforma del amparo, el fortalecimiento de los poderes judiciales de las entidades federativas y la reforma de la justicia penal<sup>58</sup>.

Asimismo, relevaron la existencia de otras propuestas expuestas durante la Consulta que también identificaron como “prioritarias”. Justamente, entre estas se contempla expresamente (en la denominada “Acción 22”) la introducción del *amicus curiae* en procesos constitucionales<sup>59</sup>. Sobre el punto, el resultado de la Consulta ha sido interpretado y sintetizado por los indicados autores de la siguiente manera:

Las funciones de un tribunal constitucional trascienden el interés de las partes en conflicto. Por ello, para lograr un mayor acceso a la justicia y promover una mejor y más amplia participación social en la defensa de los derechos fundamentales y las controversias políticas, se debe introducir la figura del *amicus curiae* en algunos mecanismos procesales existentes (e.g. controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, contradicciones de tesis e, incluso en ciertas hipótesis, el propio amparo). Existen diversas maneras de lograr este objetivo, discutidas en la sección correspondiente de este *Libro Blanco*, y que incluyen desde una reforma constitucional hasta modificaciones legislativas. Sin embargo, su implementación también puede lograrse en el corto plazo mediante una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta dirección. En cualquier hipótesis es necesario subrayar que este mecanismo supone el ejercicio de una facultad discrecional del tribunal quien debe determinar en cada caso la manera en que el *amicus curiae* contribuye a informar su decisión<sup>60</sup>.

b. Cabe recordar que en ocasiones el Gobierno de México ha comparecido ante tribunales extranjeros en calidad de *amicus curiae*.

56 *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D. F., agosto de 2006.

57 Interpretación que la Suprema Corte de Justicia se encarga de aclarar que es de exclusiva responsabilidad de los autores de los resultados de la Consulta Nacional, y no representa la opinión institucional del Comité Organizador de la misma (ibíd., p. 4).

58 Ibíd., p. 389.

59 Ibíd., p. 403.

60 Ibíd.

Solo a título ejemplificativo, a continuación evocaremos dos antecedentes al respecto.

En primer lugar, el caso *Estados Unidos de América vs. Humberto Álvarez-Machain*<sup>61</sup>, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos el 15 de junio de 1992, en una causa en la que Álvarez-Machain había sido acusado de secuestrar, torturar y matar en 1985 a un agente de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) y en la que en 1990 el inculpado fue sustraído de su consultorio médico en Guadalajara (México) y trasladado en avión a El Paso (Texas), sitio donde fue arrestado por oficiales de la DEA. En su memorial *amicus curiae* el Gobierno mexicano solicitaba que aquella Suprema Corte juzgara que la sentencia del tribunal de apelación (confirmatoria de la del tribunal de distrito, que ordenaba que Álvarez-Machain fuera regresado a México) era consistente con el derecho internacional y, por ende, que el acusado debía ser restituido a territorio mexicano. Asimismo, indicó que el secuestro de aquel en territorio mexicano por agentes de Estados Unidos para ser juzgado en ese país era incompatible con los principios establecidos por el derecho internacional y con las posiciones adoptadas expresamente por Estados Unidos en tratados bilaterales y multilaterales sobre mutua asistencia jurídica en materias penales y cooperación para combatir el tráfico de drogas que estaban vigentes entre México y Estados Unidos al tiempo del citado secuestro. No obstante, el máximo tribunal estadounidense dejó sin efecto el fallo del tribunal de apelación y señaló (entre diversas consideraciones) que del Tratado de Extradición entre Estados Unidos y México no podía deducirse la existencia de una cláusula prohibitiva de los secuestros internacionales; que el secuestro de Álvarez-Machain (aun cuando hubiese sido violento) no había violado aquel tratado, y que el hecho de que este hubiese sido secuestrado no impedía su enjuiciamiento por un tribunal de Estados Unidos ante la violación al derecho penal de este país. Terminó decidiendo que el caso se sujetaría en lo sucesivo a lo dispuesto en su resolución. Finalmente, en fecha 14 de diciembre de 1992, Álvarez-Machain fue liberado por el Tribunal del Distrito Central de California, regresando entonces a México.

Más recientemente, el Gobierno mexicano lo hizo en una causa en la que participaron además como *amici* otros 12 países latinoamericanos y 47 naciones de la Unión Europea y del Consejo de Europa, ante la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos, a favor del mexicano José Ernesto Medellín Rojas, sentenciado a muerte en el Estado de Texas. Fundamentalmente la base de la defensa, apuntalada argumentalmente por las presentaciones de los asistentes oficiosos, se centraba en el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Avena*, por el cual ordenó a Estados Unidos revisar y reconsiderar las condenas de 51 mexicanos sentenciados a muerte –incluido

61 504 U.S. 655 (1992).

el Sr. Medellín— a la luz de las violaciones de su derecho a la notificación y asistencia consular; así como en el Memorando del ex Presidente Bush, ordenando a las cortes de los estados de ese país que dieran cumplimiento al fallo del tribunal internacional. La Suprema Corte Federal, por mayoría, rechazó el *writ of certiorari* el 25 de marzo de 2008, argumentando que ni del Estatuto de la CIJ ni de la propia Carta de la Organización de las Naciones Unidas surgía la obligación para Estados Unidos de cumplir el fallo *Avena* a través de sus tribunales, además de considerar que el ex Presidente Bush se excedió en sus facultades constitucionales al pretender que las cortes estatales dieran cumplimiento a tal decisorio<sup>62</sup>.

c. Para culminar esta aproximación, se puede verificar que en su momento el Pleno de la Suprema Corte sancionó por unanimidad el Acuerdo General n.º 2/2008, de 10 de marzo, en el que se establecen los lineamientos para la *celebración de audiencias relacionadas con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional*.

El punto primero del Acuerdo General<sup>63</sup> establece:

*Las asociaciones o agrupaciones, al igual que los particulares, que deseen exponer sus puntos de vista en relación con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional, y siempre que así lo acuerde el Tribunal Pleno, serán atendidos en audiencia pública por el Ministro Presidente y por los señores Ministros que decidan asistir.*

En todo caso se dará prioridad a quienes ostenten una representación colectiva. (Destacado nuestro).

Tales audiencias se llevarán a cabo previamente a que el proyecto sea dado a conocer, tal como lo marca el punto tercero *ibíd.*

Por su parte, el punto sexto indica que en todos los casos los comparecientes podrán entregar *la versión escrita* de su exposición o de los comentarios adicionales que estimen pertinentes.

El citado Acuerdo General fue formalmente aplicado en el caso de la “despenalización del aborto en el Distrito Federal”.

Como se ha señalado, lo anterior no ha impedido ni impide que los *amici curiae* se presenten por escrito, sin aplicación de aquel Acuerdo General (esto es, sin audiencia), y de manera informal, ante la SCJN. Los ministros los reciben, obviamente, sin obligación de analizarlos, y sin que se agreguen al expediente<sup>64</sup>.

62 Ver, para ampliar, [www.ime.gob.mx/noticias/boletines\\_lazos/2007/655.htm](http://www.ime.gob.mx/noticias/boletines_lazos/2007/655.htm)

63 *Diario Oficial de la Federación (DOF)*, de 2 de abril de 2008. Ver el aludido Acuerdo General en [http://dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5032421&fecha=02/04/2008](http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5032421&fecha=02/04/2008)

64 Cfr. ALFONSO HERRERA, en una opinión que amablemente nos hiciera llegar en respuesta

d. Por último, es preciso destacar que la figura del *amicus curiae* ha sido incorporada expresamente al Código Federal de Procedimientos Civiles de México en el Libro Quinto: “De las acciones colectivas”, Título Único, Capítulo III: “Procedimiento”, concretamente en el art. 598 (adicionado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de agosto de 2011), que dispone:

Para mejor proveer, el juzgador podrá valerse de cualquier persona, documento o cosa, a petición de parte o de oficio, siempre que tengan relación inmediata con los hechos controvertidos.

*El juez deberá recibir todas aquellas manifestaciones o documentos, escritos u orales, de terceros ajenos al procedimiento que acudan ante él en calidad de ‘amicus curiae’ o en cualquier otra, siempre que sean relevantes para resolver el asunto controvertido y que los terceros no se encuentren en conflicto de interés respecto de las partes.*

*El juez en su sentencia deberá, sin excepción, hacer una relación sucinta de los terceros que ejerzan el derecho de comparecer ante el tribunal conforme a lo establecido en el párrafo anterior y de los argumentos o manifestaciones por ellos vertidos.*

El juez podrá requerir a los órganos y organismos a que se refiere la fracción I del artículo 585 de este código o a cualquier tercero, la elaboración de estudios o presentación de los medios probatorios necesarios con cargo al fondo a que se refiere este título. (Cursivas agregadas).

## V. LINEAMIENTOS GENERALES DE LA FIGURA

### *1. Mutación de su rol*

En un principio, la participación del amigo del tribunal estaba enderezada principalmente a *ayudar neutralmente* al órgano jurisdiccional y proporcionarle información en torno a cuestiones esencialmente jurídicas respecto de las que aquel 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.

Sin embargo, hoy ha abandonado su carácter otrora imparcial, para convertirse en una suerte de *interviniente interesado y comprometido*, que

a una específica consulta que le realizáramos respecto de la praxis de los *amici curiae* ante la Suprema Corte de Justicia de México.

argumenta juŕdicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posici3n que auspicia<sup>65</sup>.

Incluso CUETO RÚA lleg3 en su momento a afirmar que en la actualidad no se le pide neutralidad; ś se espera, en cambio, una inteligente contribuci3n sobre los problemas planteados por el caso y su repercusi3n respecto de terceros y deḿs integrantes de la comunidad, “*aun a sabiendas [de] que el ‘amicus’ es el ‘amicus’ del actor o el demandado*”<sup>66</sup> (énfasis ańadido).

De su lado, y para despejar cualquier temor sobre una hipot3tica injerencia procesal exacerbada de los *amici curiae*, vemos que el tribunal ante el que se presentan est́ *facultado* y no *obligado* a recibirlos en el juicio de que se trate; adeḿs, y si bien *puede* oír sus opiniones o sugerencias y eventualmente servirse de ellas, no queda *vinculado* por las mismas ni comprometido a tratarlas en la sentencia que profiera.

## 2. Su utilidad cuando deben definirse jurisdiccionalmente cuestiones juŕdica y axiol3gicamente dilemáticas

Los *amici* pueden constituir herramientas válidas para funcionar en la resoluci3n 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 púlicas, en las que la decisi3n por recaer sea susceptible de marcar una gúa jurisprudencial para otros casos pendientes<sup>67</sup>.

Es decir, asuntos en los que est3 en juego un inter3s púlico relevante cuya dilucidaci3n judicial ostente una fuerte proyecci3n o trascendencia colectivas; en otras palabras, temáticas que excedan el mero inter3s de las partes. Solo por citar algunas hip3tesis, la autorizaci3n para proceder a la interrupci3n del embarazo por anencefalia, el debate sobre la viabilidad de la eutanasia o la discusi3n en torno a la desincriminaci3n del aborto o de la tenencia de droga para consumo personal.

Utilizando *mutatis mutandi* las terminologías de la teoŕa juŕdica empleadas (disputadamente) por HART<sup>68</sup> o DWORKIN<sup>69</sup>, el instituto que analizamos podŕa suponer un útil recurso para operar en los *casos dif́ciles*, es decir –en una

65 Como gráficamente se ha afirmado, “*what was once a gesture of friendship has become a deliberate act of advocacy*” (SAMUEL KRISLOV, “The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy”, *Yale Law Journal*, t. 72, 1963, p. 694).

66 CUETO RÚA, ob. cit., p. 723.

67 En torno a la cuesti3n, ver, entre otros trabajos suyos, V́CTOR BAZÁN, “*Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso*”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, t. II, Fundaci3n Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, pp. 251-280.

68 HERBERT L. A. HART, *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Es ya un clásico la versi3n traducida por Genar3 Carri3, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

69 Ver RONALD DWORKIN, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, 4.ª reimpres., Ariel, Barcelona, 1999, pp. 146-208, y el interesante prólogo de ALBERT CALSAMIGLIA, que, bajo el título “Ensayo sobre Dworkin”, presenta la obra (ver en concreto p. 13).

simplificación extrema–, 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. O, profundizando aún más en el acercamiento referencial, el instituto en cuestión podría ser de provecho quizá también en lo que ATIENZA considera como *casos trágicos*, esto es, los que constituyen un tipo de casos difíciles que se presentan como verdaderos dilemas, donde, cualesquiera que sean las respuestas que se seleccionen, no cabría encontrar ninguna solución jurídica que no sacrifique algún elemento esencial de un valor considerado como fundamental desde el punto de vista jurídico y/o moral<sup>70</sup>.

Así visualizada, la institución que examinamos –como pudimos apreciar, de extendido empleo en diversos ámbitos del derecho comparado y en las instancias internacionales– es una herramienta idónea para coadyuvar al cumplimiento del *desideratum* de acceso a la jurisdicción o tutela judicial efectiva.

### III. UN ÁMBITO TEMÁTICO DE SINGULAR RELEVANCIA PARA LAS APORTACIONES DE LOS *AMICI CURIAE*

#### *1. Circulación de reglas internacionales. Control de convencionalidad*

De manera complementaria a lo manifestado en el apartado anterior, el instituto que abordamos puede aún reportar una utilidad adicional en el ámbito jurídico interno, y también en el internacional; conclusión que aflora a poco de reparar en ciertos rasgos que actualmente 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 frente al derecho doméstico y la fuerza que cobran los informes, las recomendaciones, las decisiones y las opiniones consultivas de los órganos protectorios en las instancias internacionales (p. ej., la Comisión y la Corte IDH), a cuyos repertorios de precedentes (en el caso de la Comisión) y jurisprudencia (en el de la Corte) deben adaptarse las soluciones jurisdiccionales dispensadas en los escenarios judiciales locales.

En un marco con características de tal magnitud, los *amici curiae* pueden cumplir un papel significativo al proporcionar a los magistrados elementos de juicio actualizados en materia de derechos humanos, relativos a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre tal materia, por ejemplo, por parte de los aludidos órganos del sistema protectorio interamericano.

Conviene entonces pulsar el botón de alerta en torno a este asunto, ya que en la hora actual los puntos de contacto entre el derecho internacional

70 MANUEL ATIENZA, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en RODOLFO VÁZQUEZ (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3.<sup>a</sup> reimpr., Fontamara, México, D. F., 2003, pp. 194, 195, 196, 198 y otras.

de los derechos humanos y el derecho interno se multiplican, acentuándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad a favor de la solidificación del sistema general de derechos, y pugnar por el cumplimiento por parte del Estado de los compromisos internacionalmente asumidos en la materia y por evitar que este incurra en responsabilidad internacional; tareas en cuya realización la magistratura constitucional asume un rol protagónico.

Es imposible obviar que la Corte IDH ha venido perfilando jurisprudencialmente el *control de convencionalidad*, que supone la obligación de los jueces y demás autoridades públicas de llevar adelante tal fiscalización convencional, incluso *ex officio*, entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH y otros instrumentos internacionales en la materia que conforman el *corpus iuris* básico.

Para el acabado cumplimiento de tal labor, los encargados de realizarla deben tener en cuenta no solamente la citada Convención Americana (y demás documentos internacionales sobre los que la Corte IDH ejerce competencia por razón de la materia), sino también la interpretación que de aquella ha realizado el Tribunal Interamericano, que es su intérprete último<sup>71</sup>.

En definitiva, y como este dejara en claro en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, a los jueces constitucionales, quienes más allá de otras autoridades públicas son los principales responsables de llevar adelante el contralor convencional, no les basta con limitarse a evaluar si una norma es o no constitucional, sino que la cuestión debe girar en torno a si la misma también es o no “convencional”, o sea, deben además decidir si ella restringe o viola los derechos reconocidos en la CADH<sup>72</sup>.

## 2. *Un potencialmente útil aporte argumental tanto en sede interna como en la dimensión internacional*

Es de subrayar que si la mayoría de los Estados latinoamericanos ha aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, si además ante esta existe la posibilidad de comparecer en calidad de *amicus curiae*, y si llegar con un

71 Algunas reflexiones sobre el control de convencionalidad pueden verse, entre otros, en los siguientes trabajos de VÍCTOR BAZÁN: “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 16, 2.º semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 15-44; y “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2.º semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.

72 Corte IDH, “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2007, Serie C, n.º 169, párr. 78.

caso ante la misma supone el agotamiento previo de los recursos internos del Estado demandado, requisito este concedido en interés del propio Estado, no resulta razonable prohibir –como expresan ABREGÚ y COURTIS<sup>73</sup>– a instituciones o grupos interesados presentarse en carácter de *amici curiae* ante los tribunales locales (oportunidad frente a la que el Estado tiene posibilidades de remediar la alegada violación) y conceder esa posibilidad después, cuando el Estado ya ha sido demandado ante la Corte por la imputación de los mismos hechos. Es que, siendo la instancia interamericana (en materia jurisdiccional) coadyuvante o complementaria de la que prodiga el derecho interno, es recomendable ofrecer a los interesados en articular opiniones fundadas sobre el tema en cuestión la misma posibilidad de participación procesal en sede local que la que tienen en el ámbito internacional, adelantando ante los tribunales domésticos los argumentos que eventualmente serán considerados por la Corte con asiento en Costa Rica.

Precisamente, esta ha reiterado que los *amici* son presentaciones de terceros ajenos a la disputa, *que le aportan argumentos u opiniones que pueden servir como elementos de juicio relativos a aspectos de derecho que se ventilan ante la misma*<sup>74</sup>.

Al respecto, conviene evocar que el Reglamento de la Corte IDH reformado parcialmente (innovación en vigor desde el 24 de marzo de 2009), en su art. 2.3 define el término *amicus curiae* de la siguiente manera: “la persona ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en la demanda o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia”.

Varias de las observaciones remitidas a la Corte IDH durante la etapa preparatoria de las modificaciones reglamentarias manifestaban la necesidad de reglamentar la presentación de escritos de los *amici curiae*, razón por la cual en el art. 41 se decidió establecer:

... el escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, en cualquier momento del proceso contencioso pero dentro de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la Resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales y prueba documental. El escrito del *amicus*

73 MARTÍN ABREGÚ y CHRISTIAN COURTIS, “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino”, en la obra colectiva compilada por dichos autores, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 392-393.

74 Corte IDH, “Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de agosto de 2008, Serie C, n.º 184, párr. 14.

*curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia<sup>75</sup>.

No puede perderse de vista que la Corte IDH ha resaltado cuanto sigue:

... los asuntos que son de su conocimiento poseen una trascendencia o interés general que justifica la mayor deliberación posible de argumentos públicamente ponderados, razón por la cual los *amici curiae* tienen un *importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a través de reflexiones aportadas por miembros de la sociedad, que contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que cuenta la Corte*<sup>76</sup> (énfasis no original).

### *Puntualizaciones conclusivas*

A modo de condensación de las pautas centrales recorridas en las líneas precedentes, ofrecemos las siguientes apreciaciones finales.

1. En materia de *amicus curiae*, como respecto de otras instituciones jurídicas de cuya eventual extrapolación a un determinado escenario jurídico pudiera percibirse 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 *transplantarla*, pero siempre cuidando de *aplicar de ella lo aplicable*, es decir, lo que pueda resultar adecuado a la idiosincrasia jurídica del contexto en el que deba operar y compatible con ella, evitando implantes indiscriminados.

2. La intervención de *amici curiae* puede coadyuvar a un mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social, contribuyendo incluso a licuar los elementos contramayoritarios que algunos autores visualizan en el control judicial de constitucionalidad. Además, “la insularidad de la tarea judicial, la concepción del juez como una suerte de demiurgo que construye en soledad su decisión (...), sólo constituyen anteojeras epistemológicas que obturan cualquier debate y son oclusivos de la posibilidad de enriquecerlo”<sup>77</sup>.

3. Visionariamente, al realizar una defensa condicionada de la *Judicial Review* y en el marco de análisis de las reformas para aportar al “control

75 Cabe recordar que en su momento había juzgado que tales escritos podían ser presentados en cualquier momento antes de la deliberación de la sentencia correspondiente (Corte IDH, caso *Kimel vs. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 2 de mayo de 2008, Serie C, n.º 177, párr. 16); entendiendo también que, conforme a su práctica, los *amici* pueden incluso referirse a cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la sentencia (Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 14).

76 Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, ibíd.

77 TRIONFETTI, ob. cit., p. 69.

democrático” de esta, CARRIÓ postulaba introducir la institución del *amicus curiae*, ya que el debate judicial adquiriría con ella una apertura y una amplitud de integración que no tenían en medida suficiente los procedimientos contradictorios, añadiendo que el debate se volvería más democrático, en un sentido interesante (y relevante en este campo) de esa palabra<sup>78</sup>.

Así, la institución que abordamos es un provechoso instrumento destinado, entre otros propósitos, a viabilizar la participación ciudadana en la administración de justicia, en asuntos en que se debatan cuestiones de trascendencia institucional o que resulten de interés público, siempre que los presentantes cuenten con una reconocida idoneidad sobre la materia debatida.

En esa línea analítica, cabe recordar –con NINO– que la figura presenta una destacada raíz democrática y su intervención entraña una herramienta para hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial en el marco del activismo judicial, actitud esta que se muestra fructífera para promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación, sobre todo, de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en ese proceso<sup>79</sup>.

4. La exigencia de agotamiento de los recursos internos permite al Estado remediar localmente y por sus propios medios toda violación de derechos humanos que pudiera conducir al debate de la cuestión en el marco internacional y converger en la potencial determinación de su responsabilidad internacional.

Así, al estar reglamentariamente permitida la presentación de *amici curiae* –p. ej.– ante la Corte IDH, es razonable acordar a los grupos o instituciones interesados en emitir opiniones fundadas sobre el tema en cuestión similar posibilidad de participación procesal en sede interna que la que tienen en el ámbito internacional, planteando ante los órganos judiciales vernáculos insumos argumentales que eventualmente serían considerados por el Tribunal con asiento en Costa Rica en el supuesto de llegar a esta instancia internacional la correspondiente reclamación.

5. Los amigos del tribunal pueden cumplir un valioso rol al proporcionar a los magistrados constitucionales, entre otras cosas, aportaciones analíticas actualizadas en el campo de los derechos humanos, relacionados con estándares interpretativos específicos forjados, *v. gr.*, por la Corte IDH, lo que puede resultar útil *vis-à-vis* el control de convencionalidad que aquellos (además de otras autoridades públicas) están compelidos a ejecutar.

78 GENARO CARRIÓ, “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*”, AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y Debates, n.º 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 162.

79 CARLOS S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 696.

De modo análogo, memoriales serios y documentados de experimentados *amici curiae* están en condiciones de aportar criterios técnico-jurídicos aptos para una apropiada interpretación de los derechos fundamentales.

6. La Corte IDH se ha ocupado de subrayar que los *amici* tienen un importante valor para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, contribuyen al debate y amplían los elementos de juicio con que el Tribunal cuenta para resolver los asuntos de su conocimiento, que poseen una trascendencia o interés generales<sup>80</sup>.

7. El instituto aquí examinado puede sumar su aporte al (anhelable) proceso de colaboración entre las instancias jurisdiccionales internas y la interamericana, interacción que no debe entenderse en términos de relación jerárquica entre ellas, sino como una conexión cooperativa en la hermenéutica *pro persona* de los derechos humanos.

Es que las respectivas Constituciones de los Estados latinoamericanos, con la fuerza normativa que les es ingénita, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (principalmente, la CADH y la interpretación que de esta realiza la Corte IDH), conforman un bloque jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la salvaguardia de los derechos fundamentales, *expresión directa de la dignidad del ser humano*.

8. En definitiva, el *amicus curiae* es un instrumento plausible y digno de ser explorado para tonificar el debate jurisdiccional constitucional –ampliando los márgenes de deliberación en cuestiones de trascendencia social por medio de argumentos públicamente analizados–, aportar a la defensa y la realización de los derechos humanos y contribuir a la elaboración de sentencias razonables y generadoras de un grado sustentable de consenso en la comunidad.

#### BIBLIOGRAFÍA

ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN, “Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino”, en AA.VV., ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (eds.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 392-393.

ACADEMIA COLOMBIANA DE JURISPRUDENCIA, “Concepto del Académico de Número Hernán Alejandro Olano García sobre la ‘Función consultiva de la Academia Colombiana de Jurisprudencia’”, Bogotá, 12 de noviembre de 2013.

AMAURY MAIA NUNES, JORGE, “A participação do *amicus curiae* no procedimento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)”, *Direito Público*, año V, n.º 20, marzo-abril de 2008, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, pp. 54-55.

80 Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., párr. 14.

- ATIENZA, MANUEL, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en VÁZQUEZ, RODOLFO (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, 3ª reimpr., Fontamara, México, D.F., 2003, pp. 194 ss.
- BAZÁN, VÍCTOR, “Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 16, 2.º semestre de 2010, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2011, pp. 15-44.
- BAZÁN, VÍCTOR, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n.º 18, 2º Semestre 2011, Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, Valencia, 2012, pp. 63-104.
- BAZÁN, VÍCTOR, “El *amicus curiae* en el derecho comparado y su instrumentación reglamentaria por la Corte Suprema de Justicia argentina”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 10, 2006, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 15-50.
- BAZÁN, VÍCTOR, “El *amicus curiae* y su debut en la jurisprudencia de la Sala Primera de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza”, *La Ley Gran Cuyo*, año 11, n.º 6, julio de 2006, Buenos Aires, pp. 736-738.
- BAZÁN, VÍCTOR, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación y un importante respaldo institucional a la figura del *amicus curiae*”, *Jurisprudencia Argentina. Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LexisNexis, Buenos Aires, 29 de setiembre de 2004, pp. 5-16.
- BAZÁN, VÍCTOR, “*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, t. II, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2004, pp. 251-280.
- BAZÁN, VÍCTOR, “La operatividad de los derechos y las garantías no obstante las omisiones o insuficiencias reglamentarias inconstitucionales”, en BIDART CAMPOS, GERMÁN J. y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (coords.), *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, La Ley, Buenos Aires, 2001, pp. 97-128.
- BÖHMER, MARTÍN, “Introducción a los Amici Curiae”, en *Perspectivas Bioéticas en las Américas*, n.º 4, 2.º semestre de 1997, FLACSO, Buenos Aires, pp. 101-102.
- CARRIÓ, GENARO, “Una defensa condicionada de la *Judicial Review*”, AA.VV., *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y Debates, n.º 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 162.
- COURTIS, CHRISTIAN, “Sobre el *amicus curiae*”, en GARGARELLA, Roberto (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 321/347.
- CUETO RÚA, JULIO C., “Acerca del *amicus curiae*”, *La Ley*, Buenos Aires, 1988-D, pp. 721 ss.
- DA CUNHA FERRAZ, ANNA CANDIDA, “O *amicus curiae* e a democratização e a legitimação da jurisdição constitucional concentrada”, *Revista Mestrado em Direito. Direitos Humanos Fundamentais*, año 8, n.º 1, 2008, Unifief, São Paulo, pp. 65 ss.

- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, 4ª reimpr., Ariel, Barcelona, 1999, pp. 146-208.
- HART, HERBERT L. A., *The concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. Versión en español de GENARÓ CARRIÓ, *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- KRISLOV, SAMUEL, "The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy", *Yale Law Journal*, t. 72, 1963, p. 694.
- Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, D.F., agosto de 2006.
- MEDINA, DAMARES, *Amicus curiae. Amigo da Corte ou Amigo da Parte?*, Saraiva, São Paulo, 2010.
- NINO, CARLOS S., *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- PASCUAL VIVES, FRANCISCO JOSÉ, "El desarrollo de la institución del *amicus curiae* en la jurisprudencia internacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 21, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, 2011 (<http://www.reei.org/index.php/revista/num21/articulos/desarrollo-institucion-amicus-curiae-jurisprudencia-internacional>).
- RIZZO ROMANO, ALFREDO H., *El Estado y los organismos internacionales ante los Tribunales extranjeros*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1996, pp. 125-129 y 235-251.
- SOLA, JUAN V., "El recurso extraordinario y el debate constitucional", en el n.º especial "Recurso extraordinario federal" de *Jurisprudencia Argentina*, 26 de marzo de 2003, Buenos Aires, pp. 95-96.
- TRIONFETTI, V́CTOR, "El enriquecimiento del debate judicial a través de la figura del *amicus curiae*", *La Ley*, 2003-F, Buenos Aires, pp. 69 ss.
- UMBRIGHT, GEORG C., "An 'Amicus Curiae Brief' on Amicus Curiae Briefs at the WTO", *Journal of International Economic Law*, p. 780.
- UZAL, MARÍA ELSA, "La inmunidad de jurisdicción y ejecución de Estados extranjeros (El rol del Estado argentino como 'amicus curiae')", *La Ley*, 13 de mayo de 2003, Buenos Aires, pp. 4-5.