
El Amicus Curiae

Guillermo J. Borda *

I- Apreciaciones preliminares

En este trabajo nos hemos propuesto reflexionar sobre el instituto del *amicus curiae*, institución de raigambre romana que adquirió divulgación en los países del *Common Law*, del cual fue tomado por el derecho internacional de los derechos humanos y trasvasado, luego, a nuestros tribunales, en los que viene siendo objeto de una activa praxis, en particular en aquellas causas en que se hallan comprometidos derechos de incidencia colectiva, que proponen desafíos ético-jurídicos para los magistrados.

En este contexto, abordaremos sucesivamente la génesis y la evolución del instituto, desde el derecho romano al derecho de los tratados, citando aquellos antecedentes que tienen alguna significación en cuanto al desarrollo y la normativización de la figura, compulsando que no tiene pretensiones de exhaustividad, toda vez que no sólo ha sido objeto de otros valiosos trabajos doctrinales, sino que se ajusta mejor a los propósitos de nuestro empeño: la incorporación pretoriana del instituto a nuestro derecho, su recepción en diversos estatutos legales, su postrer reglamentación por la Corte Suprema y su estabilización como institución moderna que comunica a la autoridad jurisdiccional con personas o grupos de personas de la comunidad; para luego exponer los reparos que ha motivado la aplicación disfuncional de la institución, probando aquellas prevenciones a partir de un antecedente reciente operado en nuestros tribunales; concluyendo nuestra tarea con algunas proposiciones de *lege ferenda*, previo comentario de los proyectos con trámite parlamentario que pretenden reglamentar la figura del “amigo del tribunal”.

II. El *amicus curiae*: origen, evolución y antecedentes

a) *El amicus curiae en el derecho romano.*

La institución del *amicus curiae* –vocablo latino que significa “amigo de la corte”– tiene origen, como se sabe, en el derecho romano, en el cual el juez estaba facultado para pedir el consejo de un experto; el juez podía *sibi advocabit ut in consilio adessente*, según el testimonio de Cicerón (Quint. 2 Gell, XIV 2) ¹. En su

* Con la colaboración de Dr. Carlos R. Pereira (h).

primigenia configuración el *amicus curiae* era verdaderamente un “amigo del tribunal”; los amigos de la curia podían informar, advertir e ilustrar a la corte, incluso peticionar ante los jueces.

La actuación del *amicus* no tenía, por entonces, más objeto que la de asistir a los magistrados en los casos de dudas y/o salvarlos del error. La preocupación del *amici* era la coronación de lo suyo de cada cual (*suum cuique tribuere*), de lo justo en concreto, a través del *ius dicere* del juez. Hay quienes hablan de neutralidad o imparcialidad en este período de la institución, lo que es cierto en relación a que los *amicus* no tenían compromiso con los intereses de las partes, mas podría decirse que el interés estaba más bien orientado a la conclusión justa del pleito, al cual el *amici* concurría a través de la asistencia al magistrado ².

Cueto Rúa da cuenta de esta concepción tradicional en el *common law*, tal cual su descripción en el *Abbott's Dictionary of Terms and Phrases* en el que el término *amicus curie* significaba estrictamente amigo del tribunal: “Este término se aplica a un tercero, quien careciendo de interés en el caso, efectúa algunas sugerencias por su propia cuenta sobre una cuestión de derecho o de hecho para la información del juez a su cargo”, y en el *Hothouse's Law Dictionary* que señala: “Cuando un juez se encuentra en dudas o equivocado en materia de derecho, un tercero puede informar al tribunal como *amicus curiae*. Los abogados en el tribunal actúan frecuentemente en tal capacidad cuando sucede que conocen un precedente que el juez no ha visto o no recuerda en ese momento” ³.

b) *El amicus curiae en el derecho anglosajón.*

El instituto, en el derecho anglosajón, abandonaría aquél carácter de “amigo de la corte”, transformándose el *amici* en un tercero interesado y comprometido con la causa de una de las partes, que resultaría así promovida, patrocinada, apoyada, etc., por el *amicus curiae*; la tradición anglosajona adoptó esta transformación en la inteligencia de que la intervención de terceros con aquel carácter se erigiría en el equivalente judicial de la actividad que los *lobbysts* realizaban en el Congreso de los Estados Unidos y en los órganos administrativos del Estado: “...el mecanismo de promoción (lobbyng) disponible para su utilización en el tribunal (brief) es el alegato del *amicus*” ⁴, con más el agregado de que este *lobby* tendría carácter público y permitiría dar participación a la comunidad en las decisiones judiciales.

Este cambio motivó la sanción de la conocida *Rule 36* de las Reglas de Procedimiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos que reglamentó la institución del *amicus*; esta Regla fija la oportunidad de su presentación y prevé cómo ha de ser la intervención de aquél según haya mediado o no aceptación de las partes en relación a su intervención; cuando no hay tal conformidad, la *Rule 36* establece

que el interesado deberá pedir al magistrado una autorización para alegar en la que “deberá expresar concisamente la naturaleza del interés del peticionante, especificar los hechos o las cuestiones de derecho que no han sido presentadas por las partes, o las razones por virtud de las cuales se cree que no serán presentadas adecuadamente, y la relevancia que exhiben a los fines de la decisión del caso”.

Se trata, como se desprende con claridad de la normativa de la Suprema Corte Norteamericana, de un aporte razonado por parte de una persona que, aunque ajena al proceso, tiene interés en la dilucidación del mismo, y que concurre alegando cuestiones que las partes no han articulado adecuadamente. Su divulgación parece, más bien, haber tenido lugar en los juicios civiles y comerciales, desde el cual se difundió luego a los casos donde se hallaban comprometidos intereses colectivos; entre los más recordados se encuentra los casos “*Webster vs. Los Servicios Reproductores*” (1988), en el que centenares de informes de *amicus curiae* fueron presentados alegando tanto a favor como en contra de la protección de la vida inocente de los nonatos, y el de “*Edgard vs. Aguillard*” (1986), en el que se presentaron como *amicus* 72 premios Nobel y otras tantas Academias de ciencia que informaron sobre el falso conflicto entre ciencia y religión.

La saludable aplicación que el instituto del *amicus curiae* tuvo en el derecho anglosajón, así como en los países recipiendarios de la tradición del *common law*, determinó su incorporación al derecho internacional de los derechos humanos, donde la divulgación de la figura elevó la cotización del debate judicial a través del aporte esclarecedor allí donde el derecho de los tratados, la costumbre internacional o el derecho de los jueces no resultaba preciso.

c) *El amicus curiae en el derecho internacional de los derechos humanos.*

En la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos el *amicus* se ha empleado en importantes casos litigiosos (v.g. Caso Consuelo Benavides Cevallos, Ecuador) y en la totalidad de las opiniones consultivas (OC-7/86 sobre derecho de rectificación o respuesta; OC-16/99 sobre derecho a la información sobre asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso, entre otras).

Por lo general en el continente americano han sido organizaciones expertas en estos temas –derecho humanos– (las) que han solicitado su intervención en procesos judiciales donde se ventilan cuestiones atinentes a los derechos humanos exhibiendo elementos relevantes para la causa⁵, y aunque la presentación de informes no se halla reglamentada en la Convención de Derechos Humanos, ni en el Reglamento ni en el Estatuto de la Corte Interamericana, su intervención no ha merecido mayores restricciones⁶.

Como lo señalaremos preliminarmente, no es nuestro objeto realizar una cata-

logación antecedente exhaustiva acerca de esta práctica en los instrumentos internacionales de derechos humanos, mas es del caso señalar que la figura del *amicus* ha sido receptada, fuera del derecho continental, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pauta la intervención de terceros y faculta al Tribunal “en interés de la buena administración de justicia” a invitar a cualquier alta parte contratante que no sea parte en el asunto, o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que formule observaciones por escrito o participar en la vista (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, art. Protocolo 11)⁷; ha sido aplicado por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, y reconocido por las Instituciones de Derecho Humanos en la Protección y Promoción de los Derechos del Niño, que han recomendado la intervención de expertos en derechos del niño en calidad de *amicus*.

d) Síntesis.

Con lo que hemos apuntado hasta aquí podemos establecer los rasgos característicos que han tallado, en su devenir, la institución del “amigo de la causa”: 1) el amigo del tribunal es un tercero que tiene un fundado interés en la resolución de la causa; 2) es un experto o tiene reconocidos antecedentes en la materia *sub examine* judicial; 3) realiza un aporte trascendente en el proceso informando sobre elementos que no han sido invocados por las partes; 4) el asunto legitimante de su intervención tiene relevancia comunitaria; 5) instruye al magistrado sobre aspectos de hecho o de derecho que le permitirán mejor argumentar su resolución; 6) el *amicus curiae* facilita la participación de los ciudadanos, y contribuye a la publicidad de los debates judiciales.

Con lo que podemos definir al *amicus curiae*, en su configuración moderna, como “*la institución por la cual un tercero ajeno al proceso, invitado por el tribunal o a pedido propio, con justificado interés en la decisión del litigio expresa sus opiniones en torno a una materia de incidencia colectiva, a través de aportes de trascendencia para la resolución del proceso judicial*”.

III. El *amicus curiae* en el derecho argentino

a) El *amicus curiae* en la jurisprudencia de los tribunales.

La divulgación del *amicus curiae* en nuestro derecho se impuso a instancias del positivo reconocimiento que esta práctica tuvo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos⁸, y del decidido activismo judicial de organizaciones no gubernamentales involucradas en la defensa de estos derechos, en cau-

sas que comenzaron a ventilarse en nuestro país a partir de mediados de los años '90, vinculadas a las derechos de las víctimas del terrorismo de estado, el ejercicio de los derechos políticos y la libertad de expresión.

En nuestros tribunales el *amicus curiae* se admitió por primera vez en la “Causa ESMA”. En este proceso las ONG’s CEIJ, Amnesty Internacional y Human Right Watches/Americas se presentaron invocando la necesidad de reconocer y garantizar el derecho a la verdad a favor de aquellos que reclamaron conocer la suerte de sus familiares desaparecidos. La Cámara Federal Correccional fundó la admisibilidad del *amicus* en atención “a los aportes teóricos que pudieren contribuir a la resolución definitiva” de la causa; asimismo, la Cámara dejó sentado que “las organizaciones que se presentaron actúan con reconocida idoneidad en el campo del derecho internacional de los derechos humanos (...) papel sólo reservado a organizaciones no gubernamentales que persigan interés válido y genuino en el tema y acrediten una especialización en el mismo, en caso excepcionales y del magnitud del presente” (Causa N° 5/95, resol. 18 de mayo de 1995)

Con este antecedente, se fueron sucediendo con igual suerte distintas presentaciones de *amicus* en nuestros tribunales, así en las causas “Balverdi” –presentación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS)-, “Sterla” –presentación del CELS- “Acosta” –presentación del Procurador Penitenciario-, “Mignone” -presentación del CELS- y otras. Todos estos antecedentes reconocieron, de manera expresa o no, que la *interpositio legislatoris* no era un requisito necesario para la procedencia de la institución. La cuestión fue luego saber cuál sería la decisión del Superior Tribunal de la Nación en los casos federales de competencia originaria o apelada de la Corte, en que se presentaran asistentes officiosos.

b) El caso “Simón” y la Acordada 28/04 de la Corte Suprema.

La Corte Nacional sentó posición en relación con la figura en cuestión en la causa “Simón Julio, Del Cerro, Juan s/sustracción de menores”, ante una solicitud de *amicus* presentada por Amnesty Internacional, la Comisión Internacional de Juristas y Human Right Watch; en esta ocasión, la CSJN se expidió a favor de la validez del instituto, sin considerar un impedimento la circunstancia de que el *amicus* carecía en nuestro ordenamiento de una norma del poder legislativo que lo regulara.

En el año 2004, casi diez años después de que la institución fuera receptada por los tribunales nacionales, la Suprema Corte en ejercicio de sus facultades de superintendencia procedió a reglamentar el *amici curiae* a través de la Acordada 28/04. La Acordada estableció que podrían presentarse con aquél carácter las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en “en todos los procesos judiciales corres-

pondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatían cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. La presentación debía ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia (art. 1°). El presentante debía ser una persona con reconocida competencia en la cuestión debatida en el pleito, debiendo su actuación limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante. (art. 2). En cuanto al carácter de la participación del Amigo del Tribunal en el proceso, la Acordada estableció que este no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a estas. Su actuación, prevé la reglamentación, tampoco devengará costas ni honorarios judiciales (art. 5). La doctrina, que había defendido con anterioridad a esta reglamentación la necesidad de incorporar definitivamente el *amicus curiae* a nuestro derecho, esforzándose por argumentar respecto a su favor, saludó esta normativización de la Corte⁹.

c) Las Leyes 24.488, 25.875 y la Ley 402 de la LCABA.

En el tiempo comprendido entre el reconocimiento del *amicus* por los tribunales hasta su reglamentación por la Suprema Corte, se sancionaron dos leyes especiales que preveían expresamente la figura del *amicus curiae*; se trataba de las leyes 24488 (13/5/95), cuyo art. 7° prescribe que: “En el caso de la demanda contra un Estado extranjero, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto podrá expresar su opinión sobre algún aspecto de hecho o de derecho ante el tribunal interviniente, en el carácter de ‘amigo del tribunal’, y 25.875 (17/3/03) cuyo art. 18, e) reconoce tales posibilidades de intervención al Procurador Penitenciario: “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, 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”. Algún sector de la doctrina sostuvo, con apoyo en estas normas, que a través de una interpretación *analogizante* de estas leyes debía aceptarse sin más la institución del *amicus* en la práctica de nuestros tribunales.

Finalmente, la ley 402 de Procedimientos ante el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, sancionada por la Legislatura porteña el 8/6/2000, consagró positivamente la figura en cuestión bajo la advocación de “asistentes oficiosos” (cfr. art. 22), previéndola para aquellos casos en que tramitan ante el Tribunal Superior de la Ciudad acciones declarativas de inconstitucionalidad. La norma establece que los asistentes deberán expresar opinión fundada sobre el tema en debate, agregando que estas opiniones o sugerencias tendrán por objeto ilustrar al

tribunal careciendo de efectos vinculantes con relación a él.

La participación del asistente oficioso, en la Ley 402, está abierta a “cualquier persona”, en la inteligencia de que se trata un “*medio más para instrumentar la democracia participativa, facilitando el acceso al pueblo de las decisiones fundamentales de la República*” (cfr. dictámenes de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y de Justicia elevados a la Legislatura), sin más requisito que el de emitir “opinión fundada”. La jurisprudencia posterior a esta norma, en tanto, se encargará de circunscribir la viabilidad del instituto al supuesto de que quién pretenda presentarse como *amicus curiae* sea una organización no gubernamental con especial interés en la cuestión en debate y que acredite especialización en la misma¹⁰.

IV. El *amicus curiae* como instrumento *lobby* y de democratización del debate judicial

En la señalada motivación del legislador porteño por acercar a los ciudadanos una institución que facilite su comunicación con los jueces, permitiéndoles su participación en procesos judiciales que tendrán consecuencias sobre estos terceros que no han intervenido en la litis, y abriéndolo a “cualquier persona”, identificamos, por un lado, una plausible voluntad de alentar instancias sociales participativas en la actividad jurisdiccional, así como ocurriera otrora en el ámbito legislativo con el reconocimiento de mecanismos de proposición y homologación normativa en poder de los ciudadanos (iniciativa y consulta popular); por otro lado, la posibilidad de que la aplicación disfuncional del poder de opinar en sede judicial convirtiera al *amicus curiae* en un instrumento de presión (política) sobre el poder judicial, o que desnaturalice *demagógicamente* su praxis, concitó diversos reparos que los jueces y la doctrina no han soslayado; algunos de ellos también habían sido considerados en la práctica del derecho del *comon law* por lo agentes jurídicos.

a) *Las prevenciones de la doctrina*

Una de las preocupaciones más sostenidas de la doctrina, incluso la anglosajona, ha sido la de evitar que este reconocido instituto sea instrumentado disfuncionalmente, convirtiéndose, por ejemplo, en un mecanismo refinado de *presión* sobre los jueces; así como la de evitar que, aún cuando ejercitado sin ése animo, sus condiciones de ejercitación lo vuelvan disfuncional privándolo del servicio a que está llamado a prestar; en este sentido Cueto Rúa, uno de los primeros en prestar atención a la figura, sostenía que el *amicus* debía proporcionar un análisis legal profundo a la Corte, y, por tanto, el escrito de *amicus* no debía ser una pérdida de

tiempo para los jueces, dado que “las Cortes dan la bienvenida al informe racional de una persona o de un grupo informado, pero deben rechazar un escrito chillón o exagerado que pone más calor que luz”¹¹. Por otro lado, Pagés Ravella trae a colocación como pauta orientadora de la aplicación del *amicus* en el derecho argentino la protesta del juez Posner, quién señalaba que los escritos de los *amicus curiae* “que reiteran las discusiones hechas en el escrito de los litigantes, simplemente ampliando la longitud de los mismos, no deben ser permitidos y son un abuso”¹².

Uno de los autores que más ha desarrollado el punto, escribía, luego de argumentar sólidamente en favor del instituto del *amicus curiae*, que “en modo alguno alentamos desde estas líneas un deslizamiento de la tarea judicial hacia el *populismo* o la demagogia, sino, y simplemente, nos permitimos observar que en determinados casos en los que converja un interés jurídico relevante que exceda el propio y estricto de las partes, no es irrazonable abrir procesalmente la causa a la intervención de asistentes officiosos para oír sus argumentos y democratizar el debate, lo que –al menos, en principio– podría permitir al juez proveerse de variados elementos jurídicos y, al franquear el comparendo de diversos sectores fuera de los litigantes, tonificar cualitativamente su posición para sentenciar al haber recabado una cierta dosis adicional de legitimación para desarrollar las trascendente misión jurisdiccional que le viene deferida”¹³.

Se trata, en definitiva, en la opinión de Bazán de promover institutos, como el *amicus curiae*, que confieren “mayor legitimidad democrática –al proceso judicial–, (y) no (de un) viraje al populismo o a la demagogia”, preocupándose por destacar que el poder judicial adquirirá así “cierta dosis *adicional* de legitimación”, lo que en ningún modo implican, creemos nosotros, en el pensamiento del jurista, que de esas instituciones “democratizantes” penda la legitimidad y autoridad de los jueces, como lo han pretendido radicalmente algunas teorías. La deriva demagógica de la institución, vemos, se preveía así -antes de la reglamentación de la Corte-, en el horizonte de posibilidades a que la aplicación de la figura daría lugar.

b) Los lobbys y el voto en disidencia de la Corte

En los considerandos de la Acordada 28/04 (CSJN), que reglamentó el *amicus curiae*, se lee que la intervención de los Amigos del Tribunal, constituye “un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a *permitir la participación ciudadana en la administración de justicia*, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público”; en otro párrafo el voto mayoritario sostenía: “en el marco de las controversias cuya resolución por esta Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a

fin de resguardar *el más amplio debate* como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un *principio hermenéutico amplio* y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo”.

La motivación de los Ministros de la CSJN es inequívoca en cuanto a interpretar a la institución como un renovado mecanismo de participación de la sociedad en la actividad jurisdiccional. Luego, acota la participación de estos terceros extraños al proceso en cabeza de aquellos “que cuentan con una *reconocida competencia* sobre la cuestión debatida y que demuestran un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan *argumentos de trascendencia* para la decisión del asunto” (en todas las citas, cursivas nuestras).

Aquí resulta interesante –según nuestros propósitos– el voto en disidencia de los Dres. Augusto Belluscio, Carlos Fayt y Alberto Vázquez, que no opone reparos a la señalada motivación de reglamentar una figura que estimulase la participación de la sociedad en los debates judiciales, sino que, entre otros argumentos¹⁴, se oponía a una reglamentación, que a juicio suyo, no garantizaba su no operatividad como mecanismo de presión ante los jueces: “cabe señalar que en uno de los dictámenes – en ese momento en el Congreso– se contempla una cuestión por demás importante (...) como es la *indicación tanto respecto de quien elaboró la opinión* que se pretendería agregar, como la *fuentes de financiamiento* con que cuenta quien pretende intervenir en un conflicto que en principio le es ajeno y cuya actuación no puede generar costas. Estos extremos son de suma importancia si se tiene en cuenta que *la figura puede ser utilizada por grupos de interés con la finalidad de influir en la decisión de la Corte* y, en tal caso, *sería conveniente saber concretamente “quien está atrás”* del que eventualmente se presente” (cursivas nuestras). Es decir, que el voto en disidencia, previendo que el *amicus* sería inevitablemente empleado como mecanismo de *lobby* por los grupos sociales, pretextados en la participación ciudadana, defiende el legítimo derecho de la Corte, y de la comunidad, en conocer quiénes son las personas que pretenden ejercer presión sobre los jueces.

c) *Un caso a modo de test*

A continuación, citaremos un reciente antecedente en el cual encontramos confirmadas algunas de las aprensiones que la figura había concitado en la opinión autoral y en la estimación de los magistrados.

El caso, se ventiló en los tribunales de Comodoro Rivadavia¹⁵, Pcia. de Chubut; en esta oportunidad la madre de una menor, de 15 años, se presentó ante la justicia

de familia solicitando autorización para realizar un aborto por el sistema público de salud antes de la semana 14 de gestación, por entender que el hecho se encontraba entre los abortos no punibles que prevé el art. 86 del Código Penal; la representante de la menor aducía que el embarazo había sido provocado por razón de reiteradas violaciones a que había sido sometida por su padrastro y ponía en riesgo la salud de la niña. La justicia ordinaria le denegó tal autorización y la Cámara confirmó la sentencia. Finalmente, el Superior Tribunal de Chubut autorizó el aborto por entender que el derecho no podía “exigirle una conducta heroica a la mujer”.

En lo que hace al tema en cuestión, en los autos de referencia se presentaron en la primera instancia numerosos informes de *amicus curiae*; según el texto del fallo de Cámara consultado “A fs. 276/310 y 329/343; obran diversas presentaciones en calidad de *Amicus Curiae* de la Coordinadora del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable del Ministerio de Salud de la Nación, Fundación Ñunque Cuyen-Madre Luna; Foro por los Derechos Reproductivos; Casa de la Mujer de Puerto Madryn; Asociación Civil La Casa del Encuentro; Las Juanas y las Otras, Asociación Civil Palabras, Mujeres de Izquierda, Feministas en Acción, Enlace CLADEM, Jóvenes por la elección y el placer; ADEM; Foro Pampeano por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito, XUMEK, Asociación para la Promoción y Protección de Derechos Humanos, Mujeres Marchando, Las Lilith; CATWLAC Coalición contra la trata y el tráfico de mujeres y niños, Colectiva Feminista Las Revueltas; Mujeres por la Solidaridad de Santa Rosa-La Pampa, Colectiva Tienes Que Decidir, Sociedad Humanista-Ética “Deodoro Roca”; Grupo Pensar el Genero y Clínica Jurídica y Social Patagónica”. Es decir, 24 asociaciones y una organización del estado se presentaron como *amicus curiae*, con la particularidad de que todos los memoriales apuntaban a que se procure la tutela de uno de los derechos en pugna, en este caso, el derecho a la salud de la menor, sin que concurrieran informes de asociaciones que aportaran al juez argumentos a favor de los derechos de la vida humana inocente -como ha sucedido en cambio en la práctica anglosajona, en casos similares. Esta vez, algunas de las asociaciones que se presentaron como *amicus* lo hicieron con un memorial conjunto, constituyendo un mismo domicilio legal, con el objeto probable de no sobreabundar con presentaciones que no contribuirían a enriquecer el debate judicial, evitando aportes tautológicos, y favoreciendo así el trabajo del juez.

Ahora, bien podría haber sucedido que cada una de estas organizaciones elevara su propio memorial; a razón de 40 carillas por cada presentación, tomando el máximo que reglamenta por ej. la CSJN en el derecho federal, se hubieran contabilizado un total de 900 fojas, esto es, casi tres cuerpos de expedientes solamente en informes de terceros, lo que lejos de alentar la compulsión de esos antecedentes

por el magistrado, lo hubiese obligado a soslayarlos de hecho, o a compulsar aleatoriamente alguno de ellos; por otra parte, hubiese sido paradójico que en un caso que, según esos mismos *amicus*, resultaba imperioso pronunciarse con celeridad atento el avanzado estado de gestación del *nasciturus*, el decisorio legal se hubiera dilatado a causa de la cantidad de informes.

Todo ello nos ha llevado, por un lado, a interrogarnos acerca de la licitud de tales presentaciones; esto es, si son verdaderamente consonantes con la finalidad de ilustración que tiene el *amicus* o si se trata, más bien, de verdaderas presiones pretextadas en la posibilidad participativa inaugurada por esta figura. Nosotros pensamos, más bien, que estamos frente a un *activismo* que parece encaminado, con alguna formalidad, a ejercer una *fuerte presión* por parte de personas o grupo de personas, —que hallan a su vez un inusitado poder multiplicador de sus presiones a través de la circulación mediática de estas— sobre la decisión de un juez, lo que constituye una manera disvaliosa de instrumentar el *amicus*. Lo cual debe ser, en primer término, rechazado por los tribunales, y, luego, objeto de una reglamentación por el poder legislativo, que deberá establecer pautas más rigurosas de legitimación para presentación de informes, que reduzcan la posibilidad de su empleo arbitrario como instancia de presión ante un poder del estado, que no debe ser defendido de cualesquier tipo de prácticas extorsivas o de presión social o políticas. En el caso, a su vez, además de los diversos memoriales presentados en la primera instancia le siguieron otros tantos presentados ante la Cámara de Apelaciones y el Superior Tribunal, que concluyó la cuestión; así lo hizo, por ejemplo, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC)¹⁶, de reconocidos antecedentes en la presentación de *amicus*, que elevó al Superior Tribunal su memorial. Nos acercamos, así, de lleno a la problemática de los *lobbys* y a las formas en que deben ser controlados por el derecho.

Mas, fuera de aquella cuestión, y suponiendo que quienes han concurrido orquestadamente a presentar informes hubiesen pretendido aportar al juez conocimientos, provenientes del derecho de los tratados o del derecho comparado, que aquél pudiera ignorar, nos encontraríamos luego con las siguientes dificultades que la pretendida práctica democrática del instituto trae aparejadas, y que imponen los siguientes interrogantes, a saber, y siempre teniendo en cuenta el antecedente citado: ¿está obligado el magistrado a aceptar todas las opiniones?; ¿está facultado el juez a desestimar algunas presentaciones y a seleccionar otras atendiendo a criterios objetivos, como antecedentes, reconocimiento, interés en el caso, etc.?; ¿cuándo el magistrado debe tener por abusivas tales presentaciones?; ¿pueden restringir hasta un cierto número, por razones no sólo intelectuales sino temporales, la presentación de memoriales?, y en este caso, ¿cuáles serían los informes que deberían tenerse por desestimados? La actualidad de estas preguntas viene

impuesta por la circunstancia de no hallarse en los ordenamientos procesales normativas o reglamentaciones que regulen el instituto. La problemática no es nueva; el derecho anglosajón registra casos en que numerosos particulares o asociaciones presentaban alegatos en casos que habían conmovido a la sociedad.

Lo central de la cuestión, quizá, resida en cuestionarnos con sinceridad acerca de que si en nombre de la postulada “democratización de los debates judiciales”, que ha abierto la participación a “cualquier persona”, no asistimos a un proceso en el que la instrumentación demagógica de la institución terminará por vulgarizarla, en detrimento de las legítimas funciones que está llamada a cumplir.

V. Proyectos en el Congreso de la Nación

En estos momentos son dos los proyectos en la Cámara de Diputados que pretenden regular la institución del *amicus curiae* o asistente oficioso¹⁷. Uno de ellos es autoría de los diputados Alejandro L. Rossi, Hugo N. Prieto, Gustavo E. Serebrinsky y Vilma. L. Ibarra (Expte. 4715-D-2009). Este proyecto destaca entre sus fundamentos que si bien son saludables los cambios introducidos por el Máximo Tribunal en relación a la Acordada 28/04 que reglamentó el instituto del *amicus* para casos de competencia originaria o apelada de la Corte, “resulta más atractivo que sea el Congreso de la Nación el ámbito en el cual estos asuntos sean discutidos (...) lo más importante no es intentar desentrañar si la Corte estaba facultada para establecer la reglamentación, sino que es menester demostrar que es atractivo que estos debates se den en el seno del Parlamento”. Luego, los autores del proyecto, en sintonía con los razonamientos de las teorías que ponderan al poder *electoral* como principal poder legitimante en un estado democrático de derecho, señalan que “mientras que los debates en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se producen en un marco de hermetismo, los debates parlamentarios son públicos; mientras que los miembros de la Corte Suprema de la Nación no son elegidos por el voto de la ciudadanía; los miembros del Congreso de la Nación son el resultado de los procesos electorales; mientras que los miembros de la Corte Suprema son vitalicios en sus cargos, los legisladores nacionales deben rendir cuentas ante el electorado periódicamente”. Los autores participan, así, de la idea de que la *interpositio legislatoris*, si bien no es un requisito *sine qua non* para la admisibilidad del instituto, estiman como más conveniente una ley que así lo reconozca.

El proyecto sigue los lineamientos tradicionales del instituto, predicados por la doctrina y la jurisprudencia, aunque pretende establecer precisiones normativas en relación a tópicos que habían concitado dudas: así, en lo relativo a las instancias

judiciales en que resulta procedente la presentación de memoriales, establece que “podrán presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación o ante las Cámaras de Apelaciones y Juzgados de primera instancia Federales y Nacionales en calidad de Amigo del Tribunal”, lo que resulta saludable, en tanto los terceros intervengan razonablemente en los procesos; un activismo que sólo tiene por objeto ejercer presión convertirá al instituto en un irrestricto mecanismo de *chantaje*; lo que no es de dudar atento a la pendiente demagógica en la que parece haber ingresado el *amicus curiea* en nuestra práctica judicial.

En lo que hace a las calidades que debe tener el *tercero* que intervendrá en el pleito, que es la cuestión que nos viene interesando, el proyecto dictamina que este deberá acreditar una “reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito”, debiendo “fundamentar su interés para participar en la causa”, en tanto “su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante”. Nos parece atinada la fórmula que exige al *amicus* una “reconocida competencia”, requisito que viene así a confirmar las calidades que la primera jurisprudencia impuso como condición de admisibilidad a los asistentes oficiosos, y que constituye una primera pauta objetiva de aceptación del instituto por los jueces.

Los Tribunales, agrega el proyecto, “podrán considerar si es pertinente la presentación, ordenando su incorporación al expediente si fuera por la afirmativa, disponiendo se notifique, por cédula, su contenido a las partes. Éstas no podrán oponerse a la incorporación de la presentación al expediente”; lo que nos parece una adecuada resolución del legislador, tendiente a evitar la desnaturalización del instituto a través del otorgamiento de otros derechos procesales a las partes.

El otro proyecto con trámite parlamentario corresponde a la Dip. Marcela Rodríguez (Expte. 5356-D-2009); en sus fundamentos establece la necesidad de regular y facilitar la presentación de *amicus curiae* en los estrados nacionales, sin dejar de observar que el instituto otorga “la posibilidad de fundar las decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados –lo que- constituye un factor suplementario de legitimidad de las actuaciones del Poder Judicial”; con cita de Carlos Nino, la autora refiere que “el *amicus curiae* es un instrumento útil para abrir canales de participación y fortalecer la representación de grupos motivados por un interés público en la toma de decisiones judiciales”¹⁸. En este esquema, se entiende, la figura viene así a moderar los *deficits* de legitimidad de que adolece el poder judicial en cuanto instancia de poder contra-mayoritario.

El proyecto, como el anterior, establece que los alegatos podrán presentarse “en cualquier instancia judicial”. Luego faculta a “Cualquier persona física o jurídica de derecho público o privado (a) presentarse, en calidad de asistente oficioso, en toda causa judicial, individual o colectiva, que revista interés público, o en la

que se encuentren comprometidos derechos de incidencia colectiva”. La fórmula es más amplia, en cuanto incorpora inéditamente a las personas de “derecho público”. Lo que significa para nosotros, un agravamiento de los problemas que hemos ventilado *ut supra*, en cuanto cualquier dependencia estatal podrá presentarse en casos que tienen interés público, confundiendo así la finalidad de ilustración que ha tenido tradicionalmente la figura con la del *lobby* estatal coyuntural. La proposición es intolerable; pensamos más bien con la Corte que ampliar el estatuto legal reconocido a determinadas personas de derecho público –v.g., el Procurador Penitenciario, la Cancillería– para una generalidad de casos resulta insoportable y anarquizante (fallos 229:824).

El proyecto, asimismo, establece en lo que hace específicamente a la intervención del *tercero* en el proceso que el *amicus curiae* podrá recurrir la providencia del juez que ordene el desglose de su memorial por razón de estimarlo obstructivo del proceso judicial, previendo el efecto devolutivo en el caso de la apelación en subsidio. También esta facultad comporta introducir un elemento de entorpecimiento del proceso en detrimento de los justiciables, quienes después de años esperando el auto que ordena el pase a sentencia, verán paralizado el trámite procesal por razón de la injerencia de un tercero; ni pensar en aquellos casos en que sean numerosos los *amicus* y el juez desestime las presentaciones de algunos de ellos, con la consiguiente cantidad de reposiciones y apelaciones. Esto significa, en síntesis, posibilitar una pluralidad de relaciones procesales entre el juez, la parte y los terceros, con la consecuente obstrucción que ello significará para una justicia que tiene serias dificultades en lo que hace a la morosidad de la causas. Nos manifestamos decididamente en contra de esta posibilidad.

En lo que innova positivamente el proyecto es en el alcance que se le ha dado a la exención de costas, “la presentación del *amici* no estará sujeta al pago de costas, tasas u otros gravámenes y no requerirá patrocinio jurídico”; la fórmula es más amplia que la prevista en otras reglamentaciones.

VI. Conclusión

A diferencia de la tarea que tuvo la doctrina hace unos años, no es necesario ahora promover la incorporación del instituto a nuestro derecho, en tanto ha sido más o menos divulgado saludablemente a través de los distintos fueros nacionales; nuestro cometido se orienta más bien a enderezar la práctica del *amicus curie*, procurando evitar que la vulgarización del mismo a través de una demagógica flexibilización de los criterios de admisibilidad lo abra a cualquier persona. La preocupación se hace más urgente, toda vez que la consideración de nuestra realidad tribu-

nalicia nos indica que una instrumentación del *amicus*, tal como viene siendo orientada, no resiste un instituto que venga a entorpecer y a obturar el proceso judicial en perjuicio de los justiciables, ni acepta la profusión de presiones dados los bajos estándares de calidad institucional que acusa nuestra justicia nacional y la de los estados provinciales.

En este sentido, nos permitimos proponer de *lege ferenda* lo siguiente:

Podrán ser *amicus curiae* las asociaciones no gubernamentales y personas de reconocidos antecedentes y especialidad en las materias bajo examen judicial, que justifiquen interés en el proceso. Las personas de derecho público podrán intervenir en como *amicus curiae* en aquellos casos en que esta participación les hubiera sido reconocida en un terminado estatuto legal.

Los *amicus curiae* podrán presentar memoriales que deberán contener aportes de trascendencia. acerca de cuestiones de derecho que no han sido objeto de una adecuada articulación por las partes y que los magistrados pudieran desconocer por razón de su novedad y/o complejidad.

El *amicus curiae* podrá presentarse sus informes ante las instancias de alzada y en aquellos casos de competencia originaria o apelada de la Corte Suprema.

Los informes podrán ser aceptados por el juez, que ordenará correr traslado notificando a las partes la presentación de los mismos, y deberá rechazarlos cuando el presentante no reúna las calidades de idoneidad, especialidad y antecedentes en la cuestión en la que pretende intervenir, o cuando los aportes no constituyan sino una reiteración de los argumentos alegados por las partes, sin que el tercero tenga derecho alguno a recurrir la providencia denegatoria.

Notas

1 Cfr. Cueto Rua, Julio, *Acerca del “amicus curiae”*, L.L., 1988-D-p. 722

2 “Fue pensado originalmente para ser un método donde los terceros desinteresados podría citar casos, *en interés de la justicia*, que la Corte podría haber pasado por alto”, cfr. Pagés Lloveras, Roberto, M., *El amicus curiae*, J.A.-2004-I, p. 803, (cursivas nuestras).

3 Cfr. Cueto Rúa, Julio, *Acerca del “amicus curiae”...*, p. 722. El autor recoge estos antecedentes de Krislov Samuel, *The amicus curiae brief: from friendship to advocacy*, Yale Law j (t. 72, p. 694).

4 Cfr. Cueto Rúa, Julio, *Acerca del “amicus curiae”...*, p. 722.

5 Cfr. Capuano Tomey, Carola, L.L., *El amicus curiae*, 2005-E-1064.

6 La doctrina ha encontrado, sin embargo, en la interacción de los arts. 62.3 del Reglamento de la Comisión (“El presidente podrá invitar o autorizar a cualquier

persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta”) y en los arts. 44 y 48 de la Convención el sustento normativo del *amicus* (“Cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado Parte, a.r.t. 44, y La Comisión “podrá pedir a los Estados interesados cualquier información pertinente y recibirá, si así lo solicita, las exposiciones verbales o escritas que presenten los interesados” art. 48).

7 Estos antecedentes ha sido tomados de Bazán, Víctor, *El amicus curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de la interposición legislatoris para su admisibilidad*, J.A.,2002-II-p.1000.

8 Sobre el desarrollo del instituto en el Common Law y en los Tribunales Europeos ver las reseñas que obran en Bazán, Víctor, *El amicus curiae...*, p. 998.

9 Así, Bazán, Víctor, ps.1009-101, para quien la figura del *amicus curiae* no dependía de la *interpositio legislaore*, sino que encontraba apoyo en distintos preceptos constitucionales, a saber, en los arts. 14 (derecho a peticionar ante las autoridades), 18 (debido proceso), 33 (derechos y garantías implícitos), 28 (prohibición de toda limitación irrazonable de los derechos) y 75, inc. 22 que confiere jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos enumerados en la Constitución Nacional; el constitucionalista sanjuanino interpretaba, asimismo, que la institución contribuía con el debido proceso y no implicaba violar el principio *iura novit curia*, toda vez que el juez no perdía sus poderes de elección del derecho aplicable al caso.

10 In re *Esma* Cám. Fed. Correc. y Crim. De Cap. Fed. y *Sterla* Juzg. Crim y Vorr. Fed., n 2, Cap. Fed.

11 Con cita de Lowman, Michael, K., “Comment, the litigating amicus curiae:when does the party begin alter the friends leave)41 AmRe. 1243m 1243.44, nn.4 & , and 1247-56 (1992)”, en “...”

12 cfr. Pagés Lloveras, p. 803.

13 Bazán, Víctor, p. 1018.

14 La negativa se fundó principalmente en que la reglamentación excedía el marco de competencias legislativas delegadas a la Suprema Corte y en la inteligencia de que “la aplicación extensiva de un estatuto particular -se refieren los ministros a las leyes 24.488 y 25.875- puede comportar una anarquizante perturbación de la compleja estructura que el respectivo sistema legal está en vías de constituir atendiendo a factores y circunstancias cuya consideración incumbe primordialmente a los poderes ejecutivo y legislativo (Fallos 229:824)”

15 Re, F. A. L. s/ Medida Autosatisfactiva”, Expte. Nro. 41/2010.

16 Cfr. www.adc.org.ar

17 Es de justicia destacar, que con anterioridad a la Acordada 28/04, CSJN, se presentaron diversos proyectos procurando regular la institución del amicus curiae en el derecho nacional; entre los más importantes se encuentran aquellos que son autoría del entonces legislador Jorge Rafael Vanossi.

18 *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

