

11

DISQUISICIONES EN TORNO A LOS *AMICUS CURIAE*

RICARDO C. KÖHLER

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Magíster en Derecho Empresario.
Secretario de Posgrados de UMSA y profesor universitario.

INTRODUCCIÓN A LA FIGURA

Como surge de lo reseñado por Cueto Rúa,¹ esta institución ha mutado con el devenir del tiempo, inicialmente fue caracterizada como un tercero o mero amigo imparcial del tribunal, quien colaboraba con este aportando información sobre alguna materia específica sobre la cual el Juzgado carece de conocimientos suficientes para resolver la litis.

En un primer momento, la figura estaba enderezada a colaborar neutralmente con el tribunal. Al respecto, señala Bazán² que el perfil primigenio de la figura estaba enderezado a ayudar neutralmente al tribunal proporcionándole información en torno de cuestiones esencialmente jurídicas respecto de las que aquél pudiere albergar dudas o estar equivocado en el criterio asumido hasta entonces.

En la actualidad, ha abandonado su carácter otrora imparcial para mutar en una suerte de interviniente interesado y comprometido, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia. De tal forma que pasó a ser moneda corriente en las más diferentes instancias internacionales, siendo hoy un lugar común que presentaciones

¹ CUETO RÚA, Julio C. *Acerca del "amicus curiae"*, LL 1988 – D – p. 721-724.

² BAZÁN, Víctor. *El amicus curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de interpositio legislatoris para su admisibilidad*. Lexis Nexis, Buenos Aires, junio 2003, p. 7.

de este tipo se hagan ante la Comisión y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como ante sus similares de Europa y África.

En el caso de nuestro vecino la República Federativa del Brasil,³ su acogida es cada vez mayor incorporándose a la legislación positiva en el año 1976 a través de la Ley 6.385 que, en su artículo 31, prevé que la Comisión Nacional de Valores Mobiliarios se podrá presentar en carácter de AC en procesos judiciales de derecho societario, en tanto litigaren entidades queden sometidas a su fiscalización (por cotizar públicamente sus acciones).

En tal sentido, Milton Luiz Pereira sostiene que la intervención del AC ganará más revuelo cuanto el thema decidendum tenga razones de interés público, o sea, cuando la cuestión tenga más trascendencia.⁴

Precisamente, abreviando en el derecho internacional, esta institución ha dado, en los últimos años, un gran salto al convertirse también en una costumbre en el derecho interno de los países que antes no la acogían. En esos casos, se trata de causas en las que se debe decidir judicialmente la vigencia de algún derecho humano o cuando el litigio es fundamental para la existencia del estado de derecho. Esto lleva a organizaciones civiles y académicas a presentarse espontáneamente con el objeto de asegurar que no se restringirá indebidamente ningún derecho fundamental.

Son numerosas las organizaciones de la sociedad civil que han empleado el instituto del amigo del tribunal como mecanismo para intervenir, realizando aportes en el marco de disputas sometidas a decisión judicial. Al respecto, se sostiene:

La posibilidad de fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial. La presentación del amicus curiae apunta entonces a concretar una doble función: a) aportar al tribunal bajo cuyo examen se somete una disputa judicial de interés público argumentos u opiniones que puedan servir como elementos de juicio para que aquél tome una decisión ilustrada al respecto; y b) brindar carácter público a los argumentos empleados frente a una cuestión de interés general decidida por el Poder Judicial, identificando claramente la toma de posición de los grupos interesados, y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá en vista al adoptar y fundar su decisión. Entre nosotros, Carlos Santiago Nino ha insistido en esta segunda función, que convierte al amicus curiae en 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.⁵

³ GUSMAO CARNEIRO, Athos. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.

⁴ GUSMAO CARNEIRO, Athos. Mandado de segurança, pareceres. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 219.

⁵ ABREGU, Martín; COURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Perspectivas y posibilidades del amicus curiae en el derecho argentino. AAVV, Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1998, p. 402.

Finalmente, es dable mencionar, que el instituto en cuestión no solamente ha sido adoptado en su uso por organizaciones no gubernamentales, sino que incluso un organismo estatal como es la Procuración Penitenciaria de la Nación ha presentado numerosos memoriales en calidad de *amicus curiae*, toda vez que, de acuerdo a la Ley 25.875, posee expresamente dicha facultad.

REFERENCIAS HISTÓRICAS

Los “*amicus curiae*”⁶ tienen su origen en el Derecho Romano, de allí su denominación del latín, cuya traducción literal significa amigo de la Corte; los autores⁷ son contestes en señalar como el origen de la figura a Cicerón⁸ cuando expresa que el *judex* (juez) estaba facultado para citar a un abogado, quien precedido de sus conocimientos y experiencia destacada aconsejaría al Tribunal convocante.

Tal antecedente surge durante la República, que en un encendido discurso pronunciado por Cicerón⁹ en contra de Lucio Catilina,¹⁰ a quien acusara ante el Senado de Roma inicialmente por cohecho y *a posteriori*, por tentativa de homicidio y rebelión; cargos que provocaran la pérdida de la candidatura a cónsul y el destierro de Catilina.

Al respecto, son memorables algunos párrafos de sus aludidos discursos (cuatro en total), llamados Las catilnarias, pudiéndose citar, entre otros, los siguientes fragmentos:

¿Hasta cuando has de abusar de nuestra paciencia Catilina? ¿Cuándo nos veremos libres de tus sediciosos intentos?...¿No te arredran ni la nocturna guardia del Palatino, ni la diurna vigilancia en la ciudad...ni las frases y semblantes de todos los senadores?... ¿No ves tu conjuración fracasada por conocerla ya todos?... Márchate, pues Catilina, para bien de la república, para desdicha y perdición tuya y de cuantos son tus cómplices en toda clase de maldades y en el parricidio, márchate a comenzar esa guerra impía y maldita (sic).

⁶ En adelante indistintamente AC.

⁷ CUETO RUA, Julio C. *Acerca del “amicus curiae”*, p. 722.

⁸ M. Tullius Cicero (106-43 a.C.), la filosofía de Cicerón no es ciertamente original, pero la influencia que ha ejercido hace de ello una pieza indiscutible en la historia. En efecto, no solamente divulgó para el mundo romano lo más importante de la tradición intelectual griega, sino que muchas de sus obras fueron leídas con frecuencia por los filósofos posteriores, tanto paganos como cristianos. Cf. FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Ariel Filosofía, AD, 2004, t. 1, p. 543.

⁹ CICERON, Marco Tulio. *Obras completas*. Traducción de Diaz Tendero, Fernández Llera y Calvo. Madrid: Biblioteca Clásica, 1898, t. IV, p. 105.

¹⁰ Existen dos versiones de Catilina, “el malo o tradicional” inspirado en los discursos de Cicerón, y “el bueno” según Ernesto Palacio, cf. RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Un viaje por la Historia del Derecho*. Buenos Aires: Quórum, 2004, p. 21.

Es precisamente en el último de los cuatro discursos contra Catilina cuando aparece la figura en cuestión, al aludir en el comentario a dicho discurso lo siguiente:

Este discurso produjo el efecto que Cicerón deseaba, pues viendo el Senado de qué dictamen era el cónsul, casi todo se unió a él. Ayudó también a esto Catón, nuevo tribuno de la plebe, el cual, con la opinión que ya se tenía de su entereza y gravedad, comenzó a perorar exaltando hasta el cielo al cónsul, y luego dijo francamente que se maravillaba hubiese quien dificultase el castigo de aquellos que habían emprendido una guerra contra la patria...¹¹

Dicha institución fue recogida por el derecho inglés desde tiempos inmemoriales, hallamos como un antecedente – lego – a la figura examinada, que existió a partir del año 1066 la “curia regis”, que era un grupo itinerante de nobles y obispos que asesoraban al rey donde este se encontrara, con funciones administrativas y judiciales. De ella, derivan las dos grandes divisiones del sistema inglés: el “common pleas” y el “Kong’s Bench”, es decir, la jurisdicción ordinaria y la corte de apelaciones ubicada en la Cámara de los Lores.

Asimismo, Cueto Rúa (doctrinario pionero en el tema bajo análisis, dentro del ámbito vernáculo)¹² cita a Bowviev y Raule quienes en su octava edición del Law Dictionary and concise Enciclopedia; destacan que ya se receptaba normativamente a los “amicus curiae” en el año 1403, disponiendo que un extraño se hallaba facultado para formular peticiones ante un Tribunal, que originariamente sólo podía ser un abogado, y dentro de ellos, en una primera etapa solo los “barristers”, para luego ampliar tal facultad a los “councillors” o “solicitors”; esta exigencia con el tiempo fue relativizándose, al ampliar su espectro subjetivo, incluyendo a terceros legos o “bystanders”.

Un dato no menor¹³ es que la instauración normativa de la figura de los “amicus curiae” en Inglaterra (y con ello un mayor protagonismo del pueblo en las decisiones judiciales) se produjo durante el reinado de Enrique IV, que se extendió desde 1399 a 1413, con la particularidad que dicho monarca contaba con una endeble autoridad, así se ha dicho que:

...debía la corona al Parlamento, este cuerpo llegó a tener una gran libertad de acción gracias al título defectuoso del rey. Se garantizó la libertad del debate parlamentario y se estableció un sistema de privilegios parlamentarios semejante al de nuestra Constitución...

¹¹ CICERON, Marco Tulio. *Obras completas*, p. 494.

¹² BIANCHI, Alberto B. Orígenes históricos del Derecho Constitucional (Un estudio sobre la formación de la constitución inglesa). *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXV, n. 289, p. 79, oct. 2002.

¹³ TERAN LOMAS, Roberto A. M. Historia de la Constitución Inglesa durante la Edad Media. *Páginas de ayer*, Buenos Aires, LL, año 4, n. 3, abr. 2003, p. 6.

Cuadra aclarar¹⁴ que, actualmente, en el Reino Unido, existen dos tipos de abogados. Por un lado, los “solicitors”, que prestan una gama variada y amplia de servicios jurídicos, administrativos y de investigación sin llegar a especializarse en virtud de aquella variedad de tareas, sólo actúan ante los tribunales inferiores. Por su parte, los “barristers”, que son abogados especializados e independientes que obran ante los tribunales superiores del reino. Algún autor, con fines prácticos, asimila a los “solicitors” y “barristers” con los procuradores y los abogados, respectivamente.¹⁵

A posteriori, esta práctica inglesa fue trasladada a sus colonias, particularmente al “comon law” norteamericano, con activa participación.

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Como señaláramos, actualmente, dicha figura refiere a un interventor interesado y comprometido con el desenlace o la resolución del caso, quien aporta elementos de hecho o de derecho para la resolución de la litis; asimilándose según cita aquel jurista al lobbyista del Congreso de los Estados Unidos: “...el mecanismo de promoción (lobbying) disponible para su utilización en el tribunal es el alegato (brief) del *amicus*”.

Esta mutación paulatina que experimentó el *amicus curiae*, fue narrada por diversos autores del derecho norteamericano, así, por ejemplo, Samuel Krislov – citado por Cueto Rúa,¹⁶ quien, en su artículo “The *amicus curiae* brief: from friendship to advocacy”, señala aspectos centrales de la figura. Algunos de sus párrafos, por su claridad, merecen transcribirse textualmente:

...un amigo del tribunal. Este término se aplica a un tercero (bystander), quien careciendo de interés en el caso, efectúa sugerencias por su propia cuenta sobre una cuestión de derecho o de hecho para la información del juez a cargo del asunto y 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.

Con el transcurso del tiempo, su campo de aplicación se vio ampliado para comprender incluso situaciones de representación plural. En tal inteligencia, actualmente la intervención de los *amicus curiae* supera en amplitud a la antigua figura del amigo del tribunal — quien ilustraba al mismo

¹⁴ ARREDONDO, Ricardo. Una aproximación al sistema legal de Inglaterra y Gales, La Ley 21/6/2001, p. 5.

¹⁵ HENDLER, Edmundo. Abogados y jueces en Inglaterra. *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n. 71, p. 42, 2003.

¹⁶ CUETO RÚA, Julio C. *Acerca del “amicus curiae”*, p. 723.

con sus aportes a la causa —, desprovisto de la neutralidad de otrora, trocando por una evidente parcialidad. En efecto, su intervención (manifiestamente) se traduce en el auspicio, apoyo o promoción de los intereses de una de las partes del litigio en desmedro de la otra, normalmente mediante la presentación de alegatos (briefs) ante las distintas instancias judiciales. Dicha presentación para su procedencia requerirá normalmente del consentimiento de las partes.

En los Estados Unidos, la cuestión se halla tratada en las Reglas de Procedimiento Civil de la Suprema Corte de Justicia, más específicamente la n. 36 reza lo siguiente: “Una petición para lograr permiso para presentar el alegato cuando el consentimiento ha sido denegado, no es favorecida”.

Esta regla, generalmente se instrumenta a través de la presentación conjunta del alegato acompañado de la aceptación de las partes. Dicho consentimiento no se requerirá cuando quien se presenta en tal carácter es el Estado en sus diversas jerarquías.

Particularmente en el Distrito de Columbia, Estados Unidos, la Rule 29 legisla sobre el particular (similares normas rigen en los demás distritos de la Unión), bajo las siguientes pautas: Se admitirá siempre la intervención de los *amicus curiae* por parte de entes públicos (la Nación, un Estado, Comunidad o el Distrito de Columbia), aún sin el consentimiento de las partes.

No mediando aquel carácter de ente público, se requerirá el permiso del tribunal o el consentimiento de las partes, en tal caso, la solicitud deberá indicar el interés del presentante y las razones para que se lo admita como tal.

En lo formal, la presentación no debe extenderse a la mitad de la cantidad de hojas del escrito principal y debe presentarse dentro de los siete días siguientes a la fecha en que se hubiere presentado el escrito de la parte que pretende apoyar.

A esta altura, es dable conceptuar la figura bajo análisis como un tercero ajeno a una disputa judicial — con un marcado interés en la resolución final del litigio — cuya actividad procesal consiste en alegar o exponer opiniones trascendentes sobre algún tema que constituya el objeto de la futura decisión judicial. Su admisibilidad — para algunos —, se ciñe a determinado tipo de procesos, donde se cuestionen aspectos constitucionales cuya normativa bajo análisis resulta controvertida, o bien, aspectos de alta sensibilidad o incidencia social.

Su campo de aplicación forzosamente deberá limitarse a cuestiones de derecho, ya que las de hecho y prueba están limitadas a las partes, a excepción de que el juez estime necesario recurrir a alguna medida para mejor proveer o bien, que la cuestión central del proceso estribe, por ejemplo, en la inconstitucionalidad de un medio probatorio o su valoración.

Bajo tales consignas, la creciente intervención de la figura ante los fueros judiciales ha motivado numerosos artículos doctrinarios en los más diversos medios de publicaciones jurídicas y la reciente recepción expresa por parte de

la CSJN, a través de la Acordada n. 28 del pasado año. Todo ello, denota la creciente dinámica del instituto en cuestión, que, sin ser parte procesal, su presentación en las causas judiciales adquiere relevancia y realiza “per sé” el efecto del pronunciamiento judicial a decretarse.

LEGISLACIÓN ARGENTINA VIGENTE

Ámbito nacional

La figura que se trata, lejos de repugnar a las normas procesales, ha sido admitida por el Congreso de la Nación para ciertas situaciones especiales, a partir de la última reforma constitucional, nos referimos particularmente a las Leyes 24.488 y 25.875. Además, para el ámbito de la CSJN, recientemente se dictó la Acordada 28/2004.

Ley n. 24.488. Con respecto a esta norma, originariamente – como señala Uzal¹⁷ – nuestra Constitución nada preveía sobre la inmunidad de jurisdicción de los estados y representantes diplomáticos extranjeros.

Ley n. 25.875. Seguidamente pasaremos al análisis de la segunda de las normas que institucionaliza la figura del Procurador Penitenciario dentro del ámbito del Poder Legislativo Nacional,¹⁸ asignándole diversas funciones, entre ellas la de AC, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su objetivo fundamental es proteger los derechos humanos de los internos comprendidos en el Régimen Penitenciario Federal.

El 14/7/2004 mediante la Acordada 28/2004 la Corte Suprema de la Justicia de la Nación se expidió explícitamente por la admisión de los *amicus curiae* en asuntos radicados ante ella, dicho silencio generó en su momento, una cierta dificultad para descifrar cuál sería su posición sobre el tema.

Con fecha de 3 de mayo de 2006, la CSJN implementó aquella acordada a través de su similar n. 14/2006 que modifica la mentada acordada y establece¹⁹ la publicación en la página web del Alto Tribunal, de aquellas causas en las cuales estará habilitada la figura de los *amicus curiae*. Dicha publicación será actualizada mensualmente.

¹⁷ UZAL, María Elsa. La inmunidad de jurisdicción y ejecución de estados extranjeros (El rol del Estado Argentino como “*Amicus Curiae*”). Buenos Aires, LL-2003-C, p. 1.365-1.375.

¹⁸ Figura antiguamente dentro de la órbita del Poder Ejecutivo Nacional, empero, al derogarse por dicha ley el decreto 1598/1993, en virtud del art. 31 del plexo legal vigente, cambió su dependencia funcional.

¹⁹ Agregar como inciso 7 del artículo primero de la acordada n. 1/2004 el siguiente texto: “Una lista con todas las causas en trámite ante esta Corte que, con arreglo a lo dispuesto en la acordada n. 28/2004, sean aptas para dar lugar a la intervención de los Amigos del Tribunal. La información necesaria para integrar ese listado y mantenerlo actualizado será remitida semanalmente a la Dirección de Sistemas por los secretarios generales, previa conformidad del Tribunal.”

Es así que, durante el mes de agosto del corriente año, el máximo tribunal habilitó por primera vez vía internet, la participación de los *amicus curiae* en el expediente: “Juplast S.A. c/ E.N. y AFIP s/Amparo” y relativo a la aplicación del ajuste por inflación para determinar el impuesto a las ganancias.

Por último, recientemente se habilitó la participación de *amicus curiae* en cuatro causas más, ellas refieren a temas disímiles, a saber: 1) Acción de amparo presentada por la Asociación de Abogados de Buenos Aires para que se declare la inconstitucionalidad de la Ley 26.080 que modificara la composición del Consejo de la Magistratura de la Nación; 2) Acción de amparo planteada por la Editorial Río Negro para que se impida el cese de la publicidad provincial en el diario de esa Provincia, supuestamente por las críticas que se vierten contra el gobierno provincial; 3) Recurso Extraordinario interpuesto por el Consejo Superior de la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de la Plata sobre la cuestión del examen eliminatorio de ingreso; y 4) Recurso Extraordinario deducido por la Asociación de Lucha por la Identidad Transvesti Transsexual que objeta judicialmente la denegatoria de la Inspección General de Justicia al reconocimiento de personería jurídica a dicha asociación.

Ámbito local

Dentro del ejido de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires los *amicus curiae* están previstos en la Ley n. 402 que regla — entre otros — el procedimiento de las acciones declarativas de inconstitucionalidad o *judicial review* ante el Tribunal Superior de Justicia, norma que entró en vigencia el día de su publicación, esto es, el 17 de julio de 2000.²⁰

²⁰ LEY DE PROCEDIMIENTOS ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Objeto. Artículo 1º Los procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires derivados de los supuestos contemplados en el Art. 113 de la Constitución de la Ciudad se rigen por la presente ley... II – Acción Declarativa de Inconstitucionalidad. Procedencia. Art. 17. La acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por exclusivo objeto el análisis de la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, anteriores o posteriores a la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para determinar si son contrarias a esa Constitución o a la Constitución Nacional... Amicus Curiae Art. 22. 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 calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas. Las opiniones o sugerencias del asistente oficioso tienen por objeto ilustrar al tribunal y no tienen ningún efecto vinculante con relación a éste. Su actuación no devengará honorarios judiciales. Todas las resoluciones del tribunal son irrecurribles para el asistente oficioso.

Ámbito transnacional

Tal como lo señala Bazán,²¹ los *amicus curiae* revisten una praxis consolidada en ciertos tribunales internacionales. Constituyen ejemplo de ello los Tribunales Europeos de Derechos Humanos, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Cuerpo de Apelaciones de la Organización Mundial de Comercio y, fundamentalmente, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en Costa Rica. En el contorno nacional, como ya se expresara su utilización es habitual en los Estados Unidos.

Por su fuerte protagonismo, cabe destacar a los AC en los tribunales de los Estados Unidos y en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.²²

La presentación de escritos (brief) de *amicus curiae* ha sido objeto de una evolución en las Cortes Federales de EE.UU., que ha llevado a la aplicación de principios flexibles en la determinación del rol del *amicus curiae*, ya sea por ley del Congreso o por las reglas establecidas por las mismas Cortes.

Precisamente las normas procesales de la Corte Suprema de EE.UU, surgen de la Regla 37, que prevén lo siguiente:

- 1) Un memorial de *amicus curiae* que es traído a la atención de la Corte señalando una cuestión relevante que no se ha planteado por las partes puede ser una ayuda considerable para la Corte. Un memorial de *amicus curiae* que no sirva a este propósito recarga a la Corte y no es favorecido.
- 2) Se refiere a la presentación del memorial de *amicus curiae* cuando la Corte considera la apertura del recurso, ya sea por un writ of certiorari u otro procedimiento.
- 3 a) Un memorial de *amicus curiae* en un caso ante la Corte en estado de argumentación oral puede ser presentado si está acompañado por el consentimiento escrito de todas las partes, o si la Corte concede autorización para presentarlo bajo el subpárr. 3 (b) de estas Reglas. El escrito será sometido dentro del plazo de tiempo autorizado para presentar un escrito por la parte apoyada, o si no es en sostén de ninguna de las partes, dentro del plazo permitido para presentar un escrito de petición o apelación. El escrito de *amicus curiae* deberá especificar si se ha dado consentimiento y en su carátula identificará a la parte apoyada e indicará si sugiere que se confirme o anule la decisión. b) Cuando una parte en un caso ante la Corte en situación de argumentación oral haya retenido su consenti-

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.

²¹ BAZAN, Víctor. A propósito de la viabilidad del *amicus curiae* pese a la inexistencia de previsión legal que lo instaure. *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, n. 15, p. 218, 2003.

²² En adelante también CIDH.

miento, una moción para autorizar la presentación de un memorial de amicus curiae puede ser presentada ante la Corte.

Actualmente, en el sistema americano el escrito del “amicus” no es realmente neutral, por lo que se le requiere identificar a la parte que apoyará en su escrito.

En los Estados Unidos, existe una larga tradición en la admisión de los amicus curiae. En virtud de la influencia que ejercen sus precedentes judiciales sobre nuestra jurisprudencia, destacándose la variedad de temas y distintos fueros donde se presentaron; al respecto, se pueden citar, entre otros, los siguientes casos:

A., D. R. c. Virginia.²³ Un particular se presentó ante los tribunales de Virginia como amicus curiae, sosteniendo la inconstitucionalidad de la aplicación de la pena capital al Sr. Atkins, en virtud de su condición de retardado mental. Por su parte, el estado de Virginia cuestionó el retardo mental del imputado y con ello, su inclusión en tal categoría.

Agotadas las instancias ordinarias, la Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió el 20/6/2002 que la pena máxima, en tales circunstancias, era contraria a la Octava Enmienda²⁴ de la Constitución Federal. La ejecución de retardados mentales leves – aptos para ser sometidos a juicio – configura pena cruel e inusual que viola la Octava Enmienda de la Constitución estadounidense, pues la sociedad norteamericana actual considera que tales criminales son menos culpables que el delincuente común – culpabilidad que no justifica la pena capital –, tornándose dudoso el cumplimiento de los fines perseguidos con su implementación – castigo y disuasión de delitos capitales – por la capacidad disminuida de los retardados para comprender, aprender, razonar y controlar sus impulsos.

En Khaled A. F. Al Odah y otros c. Estados Unidos de América y Otros.²⁵ Tropas enviadas por los Estados Unidos a Afganistán a fin de rastrear y dominar una red terrorista, capturaron a varias personas y las llevaron en custodia militar estadounidense a una base naval en Cuba. Las personas detenidas promovieron acciones en los Estados Unidos cuestionando la legalidad y condiciones de su reclusión, afirmando no ser combatientes enemigos o extranjeros y presentaron una acción de hábeas corpus. El tribunal de distrito de primera instancia se declaró incompetente al concluir que no puede decretar un hábeas corpus para extranjeros detenidos fuera del territorio de los Estados Unidos. La sentencia el 11/3/2003 fue ratificada por el Tribunal de Apelaciones de Columbia.

En estos autos, se presentaron como amicus curiae en defensa de los extranjeros el Centro Internacional de la Protección Jurídica de los Derechos

²³ LA LEY 2002-F, p. 521-522, primera quincena 2003.

²⁴ “...ni se infligirán penas crueles y desusadas.”

²⁵ Disponible en línea. <<http://www.laleyonline.com.ar/portada/portaLN.asp>>. 10/6/2005.

Humanos, Organizaciones Internacionales de Derechos Humanos, y la Asociación Nacional de Abogados de la Defensa en materia penal.

Por su parte, en el Reino Unido de la Gran Bretaña —más allá de la antigua admisión de los AC—, citaremos un proceso con ribetes políticos, como lo fue el caso “La Reina c/Evans y Otros”, vulgarmente denominado: “Pinochet”, donde la Cámara de los Lores de Londres tuvo oportunidad de pronunciarse el 25/11/1998 con motivo de la detención y solicitud de extradición por un tribunal español del General Augusto Pinochet Duarte, a raíz de los supuestos crímenes que se le imputan cometidos contra ciudadanos españoles, durante el último gobierno militar en Chile. Asimismo, se interpuso una acción de habeas hábeas a favor de Pinochet, en razón de la inmunidad de arresto de la que gozan los jefes de estado.

Como aspecto destacable, en dicho proceso a pedido del Fiscal General, se designó al Sr. David Lloyd-Jones como *amicus curiae*, quien aportó argumentos de derecho adversos a la situación del imputado. Finalmente, se rechazó la mentada extradición y se hizo lugar al habeas hábeas referido.

EL AMICUS CURIAE ANTE LOS ORGANISMOS INTERNACIONALES²⁶

Sabemos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del Estatuto de Derechos Humanos. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano administrativo de la Organización de los Estados Americanos creado para promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe tenerse presente que el tribunal autorizó reiteradamente a organizaciones de protección de los derechos humanos a presentar un memorial referido a un punto de derecho relativo a la solución de un caso concreto.

Podemos aseverar que ante tales organismos la intervención de los *amicus curiae* es frecuente.

LOS AMICUS CURIAE EN EL PROCEDIMIENTO JUDICIAL ARGENTINO

A la luz de la jurisprudencia internacional precitada, algunos autores, como Courtis y Abregú, coligen que, por carácter transitivo, sería absurdo

²⁶ Además de las citas específicas, para el desarrollo de este punto se recurrió a 2 páginas disponibles en línea: <http://www.cels.org.ar/site_cels>; y <http://www.foroabogadossanjuan.org.ar/Doctrina_Provincial/robertopags.htm>.

admitir aquella intervención en la jurisdicción internacional (instancia complementaria o superior) y, en el mismo proceso, denegarla en la instancia interna, ergo, durante el decurso de las etapas inferiores.

Nosotros completamos la idea y sostenemos que a fortiori también debería ser absurdo que se admita su intervención, exclusivamente ante la Corte Suprema (conforme con la Acordada 28/2004) y no ante los Tribunales inferiores.

Los *amicus curiae* registran una actividad “in crescendo” en los procesos judiciales, admitidos generalmente por vía pretoriana (excepto casos de legislación específica que los prevé), a nivel interno, sea de competencia federal, nacional o local. A los efectos de su tratamiento, serán distribuidos entre aquellos casos donde su intervención fue admitida y donde fue rechazada.

Casos donde su intervención fue admitida, los que agruparemos – en cuanto fuere posible – según la materia del litigio:

En materia penal y además el primer antecedente judicial que admite la participación del *amicus curiae* en nuestro país es la denominada: “Causa nro. 761. Hechos denunciados como ocurridos en el ámbito de la Escuela Superior de Mecánica de la Armada (Esma)”.²⁷ En tal proceso, Emilio Mignone, padre de la desaparecida Mónica María Mignone, elevó ante la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (en pleno, sus dos Salas) una solicitud de investigación por los hechos ocurridos en la Argentina entre los años 1976 y 1983, que presuntamente motivaron la desaparición de su hija, por parte del grupo de tareas que cumpliera funciones en la Esma.

En dicho proceso, con fecha 18/5/1995 se presentó un memorial como *amicus curiae* por parte de dos organismos no gubernamentales (ONG) internacionales de derechos humanos: el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) y el Human Rights Watch/Americas (HRW), quienes en sus libelos aportaron al tribunal de la causa argumentos de derecho internacional referentes a la obligación del Estado de brindar información veraz y, a la vez, reclamaron la necesidad de reconocer y garantizar el derecho a la verdad en favor de los familiares de desaparecidos.

La Cámara Federal en lo Criminal y Correccional por mayoría de votos consideró admisible dicha presentación en atención a los aportes teóricos que eventualmente pudieren contribuir a la resolución definitiva del caso y, además, estimó comprendida la intervención del “*amicus curiae*” dentro del art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instrumentos legales incorporados al art. 75 inc. 22 de la CN a través de la reforma de 1994.

²⁷ Disponible en línea: <cels.org.ar/site_cels: 19/5/2005>.

Como posible estándar para su incorporación procesal, se estableció que las presentaciones debían ser realizadas por organizaciones no gubernamentales que persiguieran un interés válido y genuino en el tema y, además, acreditaran una especialización en él. También se afirmó la necesidad de que la materia a opinar resultara un caso de amplio interés público.

El voto en disidencia emitido por la juez Riva Aramayo considera no admisible dicha presentación; ello, ante la falta de norma procedimental que contemple la figura y, además, que dicha intervención conculca el principio *iura novit curia*.

Por último, cuadra destacar que actualmente, la Cámara Federal dispuso la reapertura de la causa.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA FIGURA

Numerosos resultan los argumentos jurídicos que respaldan – como proponemos – la plena instauración de los *amicus curiae* en nuestro sistema jurídico, ellos a nuestro criterio son los siguientes:

a) El principio republicano de gobierno.

El plexo constitucional de tal principio surge del artículo 31 de nuestra Carta Magna que establece la supremacía de la Constitución Nacional por encima de todas las leyes:

“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales, salvo para la Provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del pacto del 11 de noviembre de 1859”.

b) El mandato preambular de afianzar la justicia.

Sintéticamente, dicha expresión indica la convicción en los constituyentes que la justicia ya existía en nuestro pueblo; pero, que no obstante ello, era necesario asegurar su ejercicio en todos los ámbitos de las relaciones sociales. Parangonando a la Constitución de los Estados Unidos, esta en su preámbulo dice, a diferencia de la nuestra: “establecer la justicia”, lo que denota una valoración más rigurosa del estado de aquellos pueblos y un objetivo más radical en tal sentido.²⁸

²⁸ LAVIE, Humberto Quiroga. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, p. 77.

c) Los jueces como controladores del proceso democrático.

Carlos Nino²⁹ al analizar las razones que justifican el control constitucional de las leyes por parte de los jueces, enumera diversos argumentos en pro y en contra de tal facultad – en cabeza de los magistrados –, y así expresa:

“...Los jueces están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez, que permita al juez poner entre paréntesis, a los efectos de justificar una decisión, su propia reflexión individual.”

“En definitiva, lo que se requiere de la Corte Suprema es que muestre su activismo respecto del proceso político... promover y ampliar el proceso democrático, abriendo nuevos canales de participación y fortaleciendo la representación, sobre todo de los grupos con menos posibilidades de injerencia real en el proceso. Ese activismo requiere hacer más laxos los criterios de participación en el proceso judicial, por vía de reconocimiento de intereses difusos, de las acciones de clase, de la intervención de *amicus curiae*, de ampliación de las acciones declarativas, etcétera.”

d) El carácter contramayoritario del Poder Judicial.

Una posición emparentada con las ideas expuestas por Nino es la que trazara el constitucionalista John Ely, citado por Nino³⁰ al expresar que aquel aceptando la dificultad contramayoritaria, precisamente centra la posibilidad de la revisión judicial en la supervisión del proceso de representación, actuando la Corte Suprema como un referente del proceso democrático.

En tal inteligencia, Bazán³¹ expresa que la tantas veces declamada y en reiteradas ocasiones incumplida, garantía del “debido proceso”, involucra la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, misión eminentemente en cabeza de los jueces, quienes cifran buena parte de su legitimidad en la racionalidad de sus decisiones.

Dicho autor, en la cita al párrafo comentado precedentemente, cita un esclarecedor comentario de Marina Gascon Abellán, quien expresa:

“Los estudios relativos a la argumentación jurídica y singularmente judicial... han conocido un extraordinario desarrollo en las últimas décadas. Acaso ello pueda obedecer a que, de entre todos los operadores jurí-

²⁹ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 693.

³⁰ NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, p. 694.

³¹ BAZÁN, Victor. El *amicus curiae*, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de *interpositio legislatoris* para su admisibilidad, p. 1.019.

dicos, son los jueces los únicos que verdaderamente argumentan sus decisiones, o cuando menos, quienes han ido produciendo un estilo más depurado y persuasivo; desde luego, ni las exposiciones legales de motivos ni las motivaciones administrativas presentan tales perfiles, tal vez porque tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo cifran su legitimidad en la justificación de su origen más que en la racionalidad de sus decisiones”.

En sintonía con lo expuesto, surge la posición de Gargarella,³² quien al recordar la obra “El Federalista”, célebre compilación de artículos destinados a convencer al electorado de Nueva York, acerca de la necesidad de ratificar la Constitución de ese país – de gran influencia sobre nuestros primeros convencionales –, destaca las opiniones de Madison y Hamilton referentes al control judicial constitucional.

Cita en primer lugar a Madison, quien dejó en claro en el Capítulo 49 de dicha obra, que los jueces según la nueva constitución serían conocidos por una pequeña fracción del pueblo (visto como una virtud en aras a su independencia de criterios), encontrándose lejos del pueblo como para participar de sus simpatías. Hamilton, a su turno (Capítulo 78 de tal obra), concibió a la magistratura como un cuerpo intermedio, situado entre el pueblo – creador de la Constitución – y la legislatura – responsable de la normativa cotidiana – cuya función obvia y más trascendente consistiría en mantener a la legislatura dentro de los límites asignados por la autoridad.

Gargarella concluye así que: “los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular”.³³ Más adelante, tras analizar las diferentes posturas elitistas y populistas que tienden a justificar el control judicial de constitucionalidad, señala que generalmente los sectores menos favorecidos de la sociedad encuentran problemas para acceder a la justicia, debido a que no pueden hacerse escuchar directamente (sino a través de un letrado) y no necesariamente la resolución de sus problemas tendrían un resultado feliz (tal vez por no acceder a los mejores abogados). Estas situaciones destacan el carácter contramayoritario del Poder Judicial.

FIGURAS AFINES A LOS AMICUS CURIAE

Kielmanovich³⁴ nos recuerda que el derecho a la acción autoriza a los individuos a formular las presentaciones que juzguen corresponder, pero no a intervenir en actuaciones promovidas por otros sin justificar en las mismas

³² GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996, p. 43.

³³ GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, p. 59.

³⁴ KIELMANOVICH, Jorge L. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2003, t. 1, p. 133.

la existencia de un interés concreto u objetivo, por lo que como regla no cabe autorizar la intervención de terceros fuera de los casos contemplados en el Código Procesal o leyes especiales (v.g. art. 118 Ley 17.418), debiendo juzgársela con carácter restrictivo.

Dicho comentario lo compartimos y es central a la hora de evaluar la insuficiencia de la normativa existente sobre los *amicus curiae* y su necesidad de regularlo expresamente; sobre tal aspecto haremos hincapié más adelante.

Dentro del ordenamiento legal encontramos figuras procesales, cuyos contornos – en mayor o menor medida – se asimilan con los *amicus curiae* y serán seguidamente analizadas.

EL AMICUS CURIAE IMPLÍCITO

El derecho no debe probarse, esta afirmación que constituye una regla jurídica, habitualmente enunciada bajo el principio del *iura novit curia* y, además, bajo la máxima de que el derecho se presume conocido por todos, tiene algunas limitaciones.

Encontramos como excepciones a la regla enunciada, las leyes nacionales y provinciales no publicadas, ergo, las llamadas *secretas*. Igual criterio probatorio cabe, para las ordenanzas municipales o preceptos jurídicos locales, y también, en el caso de la legislación foránea o extranjera.

A criterio de Falcón,³⁵ el Código de Rito, en el último párrafo del artículo 377, tras la reforma de la Ley 22.434 admitiría de modo implícito la figura del *amicus curiae*, mediante el siguiente texto: “Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”.

El citado autor³⁶ destaca como anunciáramos entre las excepciones a la regla, que la ley extranjera no se halla comprendida por la exigencia del principio del *iura novit curia*.

El conocimiento del derecho extranjero procede entonces, a través de oficios librados a la delegación diplomática o consular, o bien, por consulta a reconocidos juristas en la materia. En este último extremo, dicho procedimiento se asimilaría a la figura del *amicus curiae* de sus comienzos quien sólo informaba al juez sin tomar partido por ninguna de las partes.

Se sostiene al respecto, que la solución incorporada por la antigua reforma del Código de Procedimientos, es intermedia entre la aplicación de oficio de la ley extranjera y la prueba de ella, estableciendo la facultad del magistrado para investigar su existencia, cuando fuera invocada por la parte y no probada.

³⁵ FALCON, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, t. V, p. 125.

³⁶ FALCON, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, t. III, 1989, p. 150.

No compartimos la posición de Falcón, en efecto, ya el art. 13 del Código Civil establece que: “La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que éste Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes...”

Como sostiene Salas³⁷ y la doctrina pacíficamente se trata de probar hechos como se tilda en nuestro país al derecho extranjero: “Prueba de la ley extranjera. Porque se trata de un hecho, la existencia de la ley extranjera puede acreditarse por cualquiera de los medios admitidos para demostrarlos.”

En tanto, es claro que la misión que asume el AC es probar derecho y no aspectos fácticos.

EL CONSULTOR TÉCNICO

Esta figura procesal hoy vigente carece de antecedentes en nuestro derecho positivo, desde antiguo se ha entendido por consultor al informante que dictamina verbalmente o por escrito, a requerimiento del soberano, sobre asuntos de estado³⁸.

A mayor abundamiento, individualiza al asesor de aquella parte que voluntariamente lo propone para precisamente brindar asesoramiento en materias externas al campo jurídico, y se encuentra receptada en el artículo 458 in fine del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, dentro de la sección referida a la prueba pericial, estableciendo que: “Cada parte tiene la facultad de designar a un consultor técnico.”

Concretamente, se trata de un “patrocinante técnico”, es decir, un profesional que al igual que la figura del letrado patrocinante constituye un verdadero y propio defensor de los intereses de la parte procesal que lo postula, aportando razonadamente su ciencia y experiencia, exclusivamente en defensa de los intereses de su cliente.

Además de la diferente competencia, debido a que la de los consultores estará reservada para la misma que la/s pericial/es a producir en el proceso; habitualmente se lo distingue del letrado por su intervención procesal meramente facultativa y excepcional.

La jurisprudencia, que seguidamente se citará, destaca con meridiana claridad las diferencias expuestas, en los siguientes términos:

“El consultor técnico constituye una figura claramente diferenciable del perito y análoga a la del abogado, pues si bien brindará a la parte que lo elige un asesoramiento sobre cuestiones de carácter técnico, ajenas a la

³⁷ SALAS, Acdeel Ernesto. *Código Civil y Leyes Complementarias anotados*. Buenos Aires: Depalma, 1984, p. 13.

³⁸ ABATTI, Enrique L.; GRIFFI, Omar E.; ROCCA, Ival (h). El consultor técnico en el Código Procesal (Ley 22.434), ED 96-813.

disciplina jurídica, opera en el proceso a la manera de aquél.”; “El consultor técnico presenta una figura estrictamente análoga a la del abogado y opera en el proceso a manera de éste último por lo cual debe comprenderse en el amplio concepto de defensor-consultor y en tal carácter es el reemplazante de la parte que lo ha designado para hacer por ella las observaciones pertinentes, controlando técnicamente el desarrollo de las diligencias periciales e inclusive pudiendo presentar dicho consultor su propio informe dentro del plazo fijado para el perito (art. 472, Código Procesal)” y “El consultor técnico constituye, bien que referido al aspecto concreto de su actuación, una figura sustancialmente análoga a la del abogado y, por consiguiente, las razones que pueda exponer tienen efecto como si proviniesen de la parte misma; por ello los jueces no se hallan obligados a seguir puntualmente las conclusiones del consultor de una de las partes como si se tratara de un perito. La tarea de aquél consiste sustancialmente en el aporte de datos y reflexiones técnicas que sirvan de base para el control de la eficacia probatoria del peritaje y, de ese modo, las partes cuentan con un auxiliar eficaz para ejercer un derecho de defensa en un ámbito técnico que les es desconocido.”³⁹

El consultor técnico, según señala Falcón,⁴⁰ está previsto en los sistemas de perito único de parte, en cambio, carece de razón de ser en los procesos judiciales que prevén la intervención de peritos múltiples (habitualmente tres), dado que las partes cuentan con la posibilidad de designar a alguno de ellos, quienes en definitiva obrarán como consultores técnicos.

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 472 del Código Procesal en lo Civil y Comercial, los consultores técnicos se expiden en igual forma y plazo que los peritos respectivos, por ende, su dictamen no obstante el carácter eminentemente parcial, contendrá una explicación completa y detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en los que se funde.

Atento a lo expuesto, son nítidos los aspectos que diferencian al perito del consultor técnico, así la casuística tiene dicho:

“La presentación del informe del consultor técnico es facultativo y de él no corresponde que se corra traslado ni que se soliciten explicaciones. Además no está habilitado para intervenir en la conclusión del dictamen pericial.”; “La legitimación del consultor técnico se limita a presenciar las operaciones técnicas que se realicen con motivo de la práctica del peritaje, así como también formular las observaciones que considere pertinentes.”; “Habiendo diferencias entre el dictamen del perito de oficio y el del consultor técnico de una de las partes, para determinar si hubo o no

³⁹ CS, mayo 23-1995, ED, 166-410; CS mayo 23-1995, ED, 166-410; CNCiv. Y Com.Fed., Sala I, Octubre 9-1990, ED, 143-357; CNCiv., Sala B, octubre 26 1983, ED, 115-682. El Derecho en Disco Láser – (C) 1998.

⁴⁰ FALCON, Enrique. *Tratado de la prueba*. Buenos Aires: Astrea, 2003, t. 1, p. 57.

una situación de peligro justificativa de la asistencia; cabe recordar que, mientras el primero es un directo auxiliar del Tribunal, que dictamina de modo absolutamente imparcial, el segundo está más comprometido con la situación de las partes.”; “El informe del consultor técnico, que no es obligatorio y que es distinto de la pericia podrá detallar las observaciones que se formularon durante la ejecución de las operaciones técnicas, la disidencia por los métodos científicos aplicados y la incidencia de estos medios en las conclusiones arribadas.”; “El Código Procesal establece que la pericia está a cargo de un perito designado por el juez; el consultor técnico sólo puede presenciar las operaciones técnicas que realice el perito y formular las observaciones que crea conveniente.” y “El perito es un delegado del juez, en cambio el consultor técnico es un delegado de parte.”⁴¹

De similar forma, dentro del capítulo sobre la inspección judicial y reconstrucción del hecho, el Código Procesal Penal de la Nación establece en su artículo 218 bajo el concepto de “persona de confianza” quien hará las veces de un consultor técnico al señalar:

“Cuando lo juzgue necesario, el juez podrá proceder a la inspección corporal y mental del imputado, cuidando que en lo posible se respete el pudor. Podrá disponer igual medida respecto de otra persona, con la misma limitación, en los casos de grave y fundada sospecha o de absoluta necesidad. En caso necesario, la inspección podrá practicarse con el auxilio de peritos. Al acto sólo podrá asistir el defensor o una persona de confianza del examinado, quien será advertido previamente de tal hecho.”

Asimismo, dentro del capítulo de los peritos el artículo 259 del mismo plexo normativo y bajo el rótulo de “perito de parte”, menciona que: “En el término de tres (3) días, a contar de las respectivas notificaciones previstas en el artículo anterior, cada parte podrá proponer, a su costa, otro perito legalmente habilitado, conforme a lo dispuesto en el art. 254.”

A fin de despejar toda vacilación, conforme con lo que ya expusieramos Gentile⁴² enfatiza que esta figura (el *amicus curiae*) nada tiene que ver con los consultores técnicos, quienes se asimilan más al rol del abogado por cuanto su actividad es remunerada y parcial, en cuanto a que opera en el proceso de manera similar al letrado de parte.

El tercero de intervención voluntaria y adhesiva.

Dicha figura está consagrada en los artículos 90 a 93, inclusive de nuestro Código Ritual y de las citadas como afines al *amicus curiae*, constituye la más distante de las tres.

⁴¹ CS, mayo 23-1995, ED, 166-410; CNCom., Sala C, Febrero 10 1984, ED, 108-420; CNCiv. y Com. Fed., sala I, agosto 25-1994, ED, 160-479. El Derecho en Disco Láser – (C) 1998.

⁴² GENTILE, Jorge Horacio. *Los amigos de la Corte Suprema*, 02/8/2004. Disponible en línea: <<http://www.diariojudicial.com/nota.asp/26/8/2004>>.

Art. 90. Podrá intervenir en un juicio pendiente en calidad de parte, cualquiera fuere la etapa o la instancia en que éste se encontrare, quien:

- 1) acredite sumariamente que la sentencia pudiere afectar su interés propio.
- 2) Según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio.

CALIDAD PROCESAL DE LOS INTERVINIENTES

Art. 91. En el caso del inciso 1 del artículo anterior, la actuación del interviniente será accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoyare, no pudiendo alegar ni probar lo que estuviese prohibido a ésta.

En el caso del inciso 2 del mismo artículo, el interviniente actuará como litisconsorte de la parte principal y tendrá sus mismas facultades procesales”

PROCEDIMIENTO PREVIO

Art. 92. El pedido de intervención se formulará por escrito, con los requisitos de la demanda, en lo pertinente. Con aquél se presentarán los documentos y se ofrecerán las demás pruebas de los hechos en que se fundare la solicitud. Se conferirá traslado a las partes y, si hubiese oposición, se la sustanciará en una sola audiencia. La resolución se dictará dentro de los DIEZ (10) días”

EFFECTOS

Art. 93. En ningún caso la intervención del tercero retrogradará el juicio ni suspenderá su curso.

Palacio⁴³ nos enseña que:

“La intervención de terceros tiene lugar cuando durante el desarrollo del proceso, ya sea en forma espontánea o provocada, se incorporan a el personas distintas de las partes originarias, con el objeto de hacer valer derechos o intereses propios, aunque vinculados a la causa o al objeto de la pretensión.”

En suma, la intervención voluntaria del tercero en el proceso se produce de manera espontánea en un litigio, ya en trámite, y se legitima su incorporación al proceso en tanto, prima facie, los efectos de la sentencia podrían producir efectos de cosa juzgada respecto de aquel. Cumplidas las condiciones formales de admisibilidad del tercero en el proceso, como litisconsorte autónomo o

⁴³ PALACIO, Enrique Lino. *Derecho procesal civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, t. III, p. 226.

independiente, no es necesario considerar la procedencia o no del derecho, ya que será objeto de consideración en la sentencia definitiva, bastando su admisibilidad sumaria.⁴⁴

El inciso 1º del artículo 90 regula la intervención del tercero adherente simple o coadyuvante en la que el tercero hace valer un interés propio, pero conexo con el derecho debatido en la litis, siendo accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoyar. En suma, el tercero aquí no hace valer un derecho propio, sino que simplemente sostiene las razones de un litigante contra el otro.

Va de suyo que la intervención del tercero será adhesiva cuando participa en el proceso coadyuvando, sosteniendo o apoyando el derecho de una de las partes procesales. Todo cuanto hace en el proceso lo es en pro de un derecho ajeno.

Este tercero, una vez admitido o incorporado al proceso, normalmente por razones de índole particular, se mimetiza con los argumentos esgrimidos por una de las partes, ejerciendo sus facultades procesales al igual que las partes del proceso, no pudiendo alegar o probar lo que tampoco puede la parte con la que colabora; recayendo eventualmente los efectos de la sentencia de igual manera.

Esta situación en nada se asemeja con la del *amicus curiae*, quien además, sólo (según la legislación vigente) interviene en causas donde *a priori* existe un interés público o al menos general y siempre ajeno, mientras que el tercero al incorporarse al proceso, en adelante sostendrá una posición en defensa de un interés propio.

Morello⁴⁵ bautiza al tercero en cuestión como:

“El tercero que en el caso se convirtió en demandado... No cesa el tercero en danzar en el escenario del litigio. Ingresa a él en diversos tiempos y con ínfulas también dispares. A veces desde la penumbra inicial luego se posesiona como actor principal y excluyente; en otras, su rol es secundario y a la sombra del actor o del demandado, en cuyos supuestos “hace lo que puede” sin mostrarse en un papel decisivo.”

Diversas situaciones contemplan esta intervención, así verbigracia: la prevista por parte del escribano actuante ante un proceso de redargución de falsedad de una escritura pública por él extendida; o la intervención del cónyuge del demandado por desalojo si se pretende con ello suceder en el derecho de locar el inmueble; o bien, ante la demanda incoada contra el cónyuge eventual-

⁴⁴ FASSI, Santiago C.; YAÑEZ, César D. *Código Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea, t. 1, p. 512.

⁴⁵ MORELLO, Augusto Mario. Esferas de actuación del Tercero en la comprensión de la Corte Suprema. *Revista de Doctrina 2, Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, año 1, n. 2, mayo de 2000, p. 120.

mente se compromete la masa de bienes gananciales; o el derecho de la asociación gremial para defender y representar al trabajador ante la justicia que consagra la Ley 22.105.

El inciso 2º del artículo mentado contempla la denominada intervención adherente litisconsorcial o autónoma, en la que el tercero que habría gozado de legitimación activa o pasiva propia, actúa como un verdadero litisconsorte de la parte a quien adhiere, para hacer valer un derecho propio frente a ellas, con la consiguiente autonomía de gestión procesal que esta posición involucra.⁴⁶

Su sola lectura nos aleja aún más de la figura del *amicus curiae*, por lo que brevitatis causae desistiremos de formular otros comentarios.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Surge como primer corolario de esta investigación el convencimiento que los órganos competentes deben impulsar “la sanción de una ley nacional que regule la figura de los *amicus curiae*, incorporándola a los Códigos Procesales en lo Civil y Comercial y Criminal y Correccional de la Nación”.

No se trata de una afirmación apresurada o antojadiza, en primer lugar, nuestro sistema jurídico romanista se estructura en base a normas legales que reglan las conductas humanas. Ello, entendido de tal forma que, al someterlas a la decisión de un magistrado, este encuentre la solución al caso sometido a su arbitrio en la ley vigente.

La figura del *amicus curiae* está instalada entre nosotros desde aproximadamente una década, a partir de los primeros precedentes judiciales; así por imperio de aquel sistema jurídico continental europeo, debe ser plasmada normativamente.

A mayor abundamiento, arribamos a tal resultado, por cuanto más allá de su recepción legislativa al habilitar al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a través de la Ley 24.488 y al Procurador Penitenciario por la Ley 25.875 a obrar judicialmente como AC; dichas normas contemplan su intervención para casos excepcionales y puntuales.

Va de suyo que, si en su momento fue necesario el dictado de leyes emanadas del Poder Legislativo para prever los AC en esos casos particulares, también desde esa perspectiva, debería legislarse su previsión más general.

Asimismo, sostenemos que la reciente recepción para el ámbito de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deviene de una disposición endeble jurígenamente, ya que su regulación proviene exclusivamente de la Acordada n. 28/2004 (modificada por la 14/2006), sin una ley que la respalde.

⁴⁶ KIELMANOVIC H, Jorge L. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, p. 134.

En efecto, de convalidar el sesgo parlamentario que deviene de la acordada en cuestión, se soslayarían preceptos constitucionales como el principio de la separación de poderes (arts. 75 y 77 de la CN) y, en particular, el artículo 113 CN que sólo habilita al Máximo Tribunal de la Nación para dictar su reglamento interior.

Confirmar tal exorbitancia de atribuciones en cabeza del Poder Judicial, no es dable en un estado de derecho, a menos que el Congreso de la Nación delegue, en dicho Poder facultades legisferantes.

En tal inteligencia, citamos que el proyecto de ley de los senadores Ricardo Gómez Díez y Pedro Salvatori del 17 de noviembre de 2004, que (como nosotros) consideran, entre los fundamentos de elevación del proyecto, que la Corte Suprema carece de competencia para dictar una acordada que regle la figura de los *amicus curiae*.

Más aún, en tal aserto las facultades de la CSJN han sido recortadas a partir de la reforma constitucional de 1994, al incorporar un órgano nuevo dentro del Poder Judicial, nos referimos al Consejo de la Magistratura previsto por el art. 114 de la CN.

Una segunda conclusión nos lleva a manifestar que *la intervención judicial de los amicus curiae, contribuye a la actividad judicial*.

Como señaláramos, una vez más, el activismo judicial permitió la incorporación por vía pretoriana de una figura procesal como los AC, no será la primera ni la última. En efecto, anteriormente, nuestros tribunales fueron “la punta de lanza” para la admisión de otras instituciones jurídicas como verbigracia, la acción de amparo (casos “Siri” y “Kot”), la tutela efectiva de la libertad de prensa (“Ekmekdjian”) y la instauración de la teoría del “disregard” (“La quiebra del grupo Deltec”).

Hoy, debemos citar el plenario “Esma” de ya una década, como punto de partida ante nuestros tribunales para la admisión de los AC y, *a posteriori*, el fallo dictado por un tribunal de la Provincia de Río Negro en autos “Odarda”, precedente donde se vertieron profusas reflexiones en torno a la figura en cuestión e incluso se elaboró un reglamento para futuras presentaciones en el ámbito de esa jurisdicción. En estos precedentes como en tantos otros, se reconoció la utilidad de la figura de los AC.

Por otro lado, abrevando en los fundamentos de los rechazos judiciales de AC, los mismos además de ser escasos, redundan en dos aspectos, la violación del principio del *iura novit curia* y la inadmisibilidad de la presentación del tercero – el *amicus curiae* – por cuanto no es parte en el proceso. Este último argumento evidencia un desconocimiento absoluto de la figura y, por ello, no resiste el menor análisis jurídico.

Por su parte, la instauración del AC no afecta el principio del “*iura novit curia*” como erróneamente se sostuviera en algunos fallos; muy por el contra-

rio, con sus alegatos los AC enriquecen el debate judicial, aportando elementos jurídicos no expresados o invocados defectuosamente por las partes.

Como se ha dicho, siendo el juez el intérprete final de la ley, dado que también la aplica, será facultad del mismo apartarse del derecho invocado por las partes y de igual forma, del alegado por los *amicus curiae*.

En efecto, con el sesgo de un razonamiento socrático diremos que lo que al juez debe movilizar es a buscar la verdad, en tal aserto, los aportes de derecho del AC tienden a facilitar aquélla tarea, sin obstaculizarla.

Corolario de lo expuesto, surge que la intervención de los *amicus curiae* en el procedimiento judicial vigoriza la capacidad selectiva del juzgador, aportándole a este una abanico de posibilidades, que seleccionará libremente.

Sostenemos además que “la participación de los AC debe ser dotada de un marco más amplio y preciso, en este último aspecto, desprovisto de la discrecionalidad del juez y de influencias ideológicas”.

En numerosas presentaciones, las ONG nacionales e internacionales, que alegaron como AC, señalaron que el juez tiene el deber de aplicar los pactos internacionales incorporados a la Carta Magna por el artículo 75 inciso 22, cuyos textos también prevén la figura del AC. Por tal motivo, la doctrina colige que los AC pueden intervenir ante los tribunales internacionales (CIDH, por ejemplo) y paradójicamente no se los prevé (o preveía según la validez de nuestra primera conclusión) para instancias previas como la CSJN.

Con la misma fuerza argumental, a fortiori diremos que no resulta comprensible que se los admita para el ámbito de la CSJN y no sus tribunales inferiores (Juzgados y Cámaras), donde justamente el debate es más amplio, la judicatura cuenta con menor infraestructura y personal asesor a su disposición, máxime las numerosas causas que concluyen y, por ello, hacen cosa juzgada sin acceder a la instancia extraordinaria.

En otro orden, es indudable que a partir de la reforma constitucional de 1994 se ha ampliado considerablemente el panorama de las personas habilitadas para accionar judicialmente, sea con la creación de la Defensoría del Pueblo (art. 86 CN), o bien, a través del amparo colectivo (art. 43, 2º, párrafo CN). Asimismo, se ha dotado al pueblo de mayor inmediatez en la toma de decisiones mediante la iniciativa popular (del art. 39 CN), la protección del medio ambiente (de los arts. 41 y 42 CN). Dicha tendencia o sesgo constitucional auspicia como telón de fondo para el desembarco pleno de los *amicus curiae* en nuestro sistema legal.

Para permitir tal iniciativa, se tendrá en cuenta que con el aval de ser una figura procesal que refuerza aún más el precepto constitucional de afianzar la justicia y consolidar la participación republicana.

En ese sentido, y en un escenario en el que se pretende consolidar la democracia participativa, vislumbramos que el *amicus curiae* puede encaramarse en una herramienta interesante para aportar en favor de la democratización

y la transparencia del debate judicial, en ciertos casos de interés general o al menos grupal, que excedan el mero interés de las partes o supuestos que puedan resultar paradigmáticos por la proyección social y pública que la decisión por adoptar sea susceptible de engendrar.

Para finalizar consideramos que resulta aconsejable escindir los aspectos ideológicos de la regulación del AC, para evitar, con ello, que dicha figura que embrionariamente se vislumbra como valiosa, se vea perturbada por elementos ajenos a los jurídicos.

REFERENCIAS

a) Libros jurídicos y proveniente de otras ciencias:

ABREGU, Martín; COURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino. AAVV, Buenos Aires: Ed. del Puerto, 1998.

ABREGU, Martín; COURTIS, Christian. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por tribunales locales*. Perspectivas del *amicus curiae* en el derecho argentino. Buenos Aires: Del Puerto SRL, 1997, 655 p.

CICERON, Marco Tulio. *Obras completas*. Traducción de Diaz Tendero, Fernández Llera y Calvo. Madrid: Biblioteca Clásica, 1898, t. IV.

CICERON, Marco Tulio. *Obras completas*. Madrid: Librería de Hernando y C., 1898, t. IV, 440 p.

FALCON, Enrique M. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, t. V, 353 p.

FALCON, Enrique. *Tratado de la prueba*. Buenos Aires: Astrea, 2003, t. 1.

FASSI, Santiago; YAÑEZ, Francisco. *Código Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1988, t. 1, 869 p.

FERRATER MORA, José. *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Ariel Filosofía, AD, 2004, 957 p.

GARGARELLA, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Buenos Aires: Ariel, 1996, 279 p.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, 2003, 490 p.

LAVIE, Humberto Quiroga. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional, Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002, 745 p.

PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, t. III, 504 p.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. *Derecho constitucional*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978, 1078 p.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Un viaje por la Historia del Derecho*. Buenos Aires: Quórum, 2004, 388 p.

SALAS, Acdeel Ernesto. *Código Civil y Leyes Complementarias anotados*. Buenos Aires: Depalma, 1984, 499 p.

b) Revistas jurídicas y proveniente de otras ciencias:

ABATTI, Enrique L.; GRIFFI, Omar E.; ROCCA, Ival (h). El consultor técnico en el Código Procesal (Ley 22.434), ED 96-813.

ARREDONDO, Ricardo. Una aproximación al sistema legal de Inglaterra y Gales, La Ley 21/6/2001, p. 3.

BAZÁN, Víctor. A propósito de la viabilidad del amicus curiae pese a la inexistencia de previsión legal que lo instaure. *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, n. 15, p. 218, 2003.

BAZÁN, Víctor. El amicus curiae, su incidencia en el debate judicial y la discusión acerca de la necesidad de interpositio legislatoris para su admisibilidad. *Lexis Nexis*, Buenos Aires, p. 3, 4 jun. 2003.

BIANCHI, Alberto B. Orígenes históricos del Derecho Constitucional (Un estudio sobre la formación de la constitución inglesa). *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, año XXV, n. 289, p. 79, oct. 2002.

CUETO RÚA, Julio Cesar. *Acerca del "amicus curiae"*, LL 1988 – D – 721.

Foro de Abogados de San Juan on line. Dirección URL: <http://www.foroabogados-sanjuan.org.ar/Doctrina_Provincial/robertopags.htm>.

Fundación Centro de Derechos Humanos y Ambiente. Dirección URL: <<http://www.cedha.org.ar/>>, 19/5/2005.

GENTILE, Jorge Horacio. *Los amigos de la Corte Suprema*, 02/8/2004, Diario judicial on line. Dirección URL: <<http://www.diariojudicial.com/nota.asp/26/8/2004>>.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. *Intervenção de terceiros*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 151.

GUSMÃO CARNEIRO, Athos. Mandado de segurança, pareceres. *Revista de Processo*, São Paulo, p. 219.

HENDLER, Edmundo. Abogados y jueces en Inglaterra. *Revista del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, n. 71, p. 42, 2003.

LA LEY On Line de Argentina. Jurisprudencia (en línea). Dirección URL: <<http://www.laleyonline.com.ar>>.

MORELLO, Augusto Mario. Esferas de actuación del Tercero en la comprensión de la Corte Suprema. *Revista de Doctrina 2, Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, año 1, n. 2, mayo de 2000.

TERAN LOMAS, Roberto A. M. Historia de la Constitución Inglesa durante la Edad Media. *Páginas de ayer*, Buenos Aires, LL, año 4, n. 3, p. 6, abr. 2003.

UZAL, María Elsa. La inmunidad de jurisdicción y ejecución de estados extranjeros (El rol del Estado Argentino como "Amicus Curiae"). Buenos Aires, LL-2003-C.