

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y FUNCIÓN JUDICIAL (SEGUNDA PARTE: LA REGULACIÓN DEL *AMICUS CURIAE* Y DE LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS)

#### I. TEORÍA CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

La justificación teórica de la participación ciudadana en los procedimientos que se siguen ante los tribunales constitucionales se ha venido construyendo en los debates en torno a la denominada objeción o dificultad contramayoritaria. En esta sección abordamos brevemente este debate, a manera de introducción, examinando los postulados principales de tres enfoques teóricos distintos que, no obstante las diferencias existentes entre ellos, apuntan en la misma dirección: la conveniencia de abrir puntos de acceso de la sociedad civil en los procesos decisionales de la justicia constitucional. Para empezar nuestro análisis, recordemos que la denominada objeción o dificultad contramayoritaria consiste en cuestionar el hecho de que leyes aprobadas por representantes democráticamente elegidos por el pueblo, y que por ello son expresión de la soberanía popular, puedan ser invalidadas por jueces que no han sido electos. Busch y Szmulewicz<sup>461</sup> identifican tres posturas frente a esta objeción: algunos la niegan, sosteniendo un concepto de democracia “sustantiva” o “enriquecida”, que no ofrece razones para criticar el control de constitucionalidad de la ley, puesto que cuando los jueces anulan leyes que son lesivas de los derechos fundamentales están, en realidad, preservando la democracia.<sup>462</sup> Otros afirman el déficit democrático del control judicial de constitucionalidad y sostienen que éste no se justifica.<sup>463</sup> Finalmente, otros

---

<sup>461</sup> Busch y Szmulewicz, *op. cit.*, pp. 131 y 132.

<sup>462</sup> Esta postura se identifica con lo que en el capítulo VI denominamos la “Línea argumental Hamilton-Marshall”, siguiendo el trabajo de Lopera Mesa, Gloria Patricia, “La problemática legitimidad de la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 5, 2001, p. 242. Véase la sección II del capítulo sexto de este libro.

<sup>463</sup> En esta línea están Waldron, Jeremy, “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal*, vol. 115, 2006. Y Tushnet, Mark, *Taking the constitution away from the courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

reconocen la dificultad contramayoritaria, pero sostienen que el control jurisdiccional de constitucionalidad se justifica dado que mejora la calidad del proceso democrático.<sup>464</sup>

Ahora bien, en la teoría constitucional contemporánea pueden encontrarse diversas propuestas, como teorías normativas, que pretenden dar respuesta a algunos aspectos problemáticos derivados de la objeción o dificultad contramayoritaria. Tal es el caso del constitucionalismo dialógico, el constitucionalismo popular y la noción de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”, teorías que de manera muy breve reseñamos a continuación.

### 1. *El constitucionalismo dialógico*

El constitucionalismo dialógico es una propuesta teórica y de diseño institucional que quiere dar respuesta a las tensiones que existen entre el constitucionalismo y la democracia, buscando solucionar tres preguntas relacionadas con una institución emblemática de las democracias actuales: la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes. Estas cuestiones son: 1. ¿Por qué es que los jueces, y no los legisladores, quedan a cargo de la tarea principal, en materia de interpretación constitucional? ¿Por qué se da por sentado que los legisladores, en cuanto representantes del pueblo —de todos nosotros— van a conocer menos, o van a tratar peor que los jueces, los fundamentales valores constitucionales? (estas preguntas se refieren al modo en que se lleva adelante la *revisión judicial*); 2. ¿Es aceptable que, en el marco de una comunidad democrática, los jueces asuman el derecho a pronunciar la “última palabra” respecto de cómo resolver los problemas constitucionales más básicos? (esta pregunta se refiere a la *cuestión democrática*), y 3. ¿Por qué hemos adoptado un sistema institucional tan rígido, en que las relaciones entre los poderes aparecen marcadas por formas tan toscas como las hoy todavía dominantes (esto es, jueces que validan o invalidan una ley, como si los problemas constitucionales fueran del tipo “todo o nada”)? ¿Por qué no es posible pensar en un diseño institucional diferente, en que los jueces —desde sus especiales conocimientos— ayuden a los legisladores en la creación de normas jurídicamente más sólidas o menos cuestionables; o el Poder Ejecutivo (en lugar de simplemente “vetar” o no una ley) comience

---

<sup>464</sup> Así lo sostiene Ely, quien piensa que la *judicial review* se justifica en cuanto garantiza el acceso de las minorías al proceso democrático. Ely, John, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

a cooperar con los legisladores para que éstos mejoren lo que han hecho? (estas preguntas se refieren al *diseño institucional*).<sup>465</sup>

La respuesta básica que a estas preguntas da la postura, identificada con la expresión del denominado giro dialógico del constitucionalismo,<sup>466</sup> consiste en sostener que los asuntos constitucionales fundamentales deben ser resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo, y que debe involucrar a las distintas ramas del poder, tanto como a la propia ciudadanía.<sup>467</sup>

En esencia, el constitucionalismo dialógico propone que la interpretación constitucional no debe ser exclusiva de los jueces constitucionales, sino que los otros poderes del Estado y la ciudadanía también deben ser vistos como intérpretes válidos y legítimos de los significados constitucionales. Asimismo, propone este enfoque teórico que las cuestiones constitucionales fundamentales no sean zanjadas por uno solo de estos intérpretes válidos, sino a través del diálogo entre ellos. Por último, convoca a diseñar instituciones para que ese diálogo se pueda dar.<sup>468</sup>

Ahora bien, en este marco general, se ha desarrollado el concepto de justicia dialógica, que se caracteriza por decisiones que buscan propiciar escenarios de diálogo entre distintos actores implicados en un caso para buscar soluciones factibles a problemas complejos,<sup>469</sup> entendiendo por estos

---

<sup>465</sup> Estamos reproduciendo aquí las preguntas planteadas en Gargarella, R. y Bergallo, P. “Presentación”, en Gargarella, R. (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014, pp. 9 y 10.

<sup>466</sup> La noción del *giro dialógico* en el constitucionalismo es empleada por Ovares Sánchez, Arolina, “El constitucionalismo dialógico, la consulta legislativa previa y el caso de Costa Rica”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 49, 2021, pp. 215-240.

<sup>467</sup> *Idem*.

<sup>468</sup> En esta línea, Córdova ha sostenido que “El constitucionalismo dialógico es una alternativa institucional que complementa el modelo de democracia deliberativa, donde los órganos del poder público promueven distintos mecanismos para la búsqueda de decisiones con la participación de la sociedad e implementan procedimientos dialógicos e incluyentes para el ejercicio de sus atribuciones constitucionales”. Para este autor, uno de los grandes legados para el mundo constitucional de jurisdicciones como la de Colombia, India, Sudáfrica y Canadá, es la búsqueda de decisiones deliberativas que contribuyan a redefinir su rol para superar los procesos monológicos. Córdova Vinueza, Paúl, “Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXII, Bogotá, 2016, p. 254.

<sup>469</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha resuelto este tipo de casos, con este enfoque dialógico, en casos que han tenido que ver con el desplazamiento forzado de miles de personas, la situación de la población carcelaria, el acceso al sistema de salud, la regulación del uso del suelo para el ejercicio del trabajo sexual y en la posibilidad de usar glifosato en la fumigación aérea de los cultivos ilícitos, entre otros. Véase Cano Blandón, Luisa Fernanda,

últimos los llamados casos de “litigio estructural” o “casos estructurales”, caracterizados por: 1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa; 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, y 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente a los demandantes del caso concreto).<sup>470</sup>

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la Corte Constitucional colombiana (bajo un esquema de control de constitucionalidad “fuerte”),<sup>471</sup> la cual ha implementado “novedades dialógicas”, tanto en la fase previa a la emisión de la sentencia (por ejemplo, a través de la celebración de audiencias públicas en las que participan terceros que no son partes procesales dentro del litigio en cuestión) como en la etapa de ejecución de la sentencia (a través de “órdenes dialógicas” que buscan, a través de la instauración de espacios como mesas de trabajo, reuniones y comités, formular medidas que redunden en la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en casos concretos, en particular cuando tal violación alude a la faceta prestacional y programática de tales derechos en casos estructurales).<sup>472</sup>

En palabras de Córdova:

Lo que pretendería la justicia dialógica es que las cuestiones resolutorias sobre los derechos y sus interpretaciones requieren siempre de discusiones inclusi-

---

“Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 49, mayo-agosto de 2021, pp. 133-135.

<sup>470</sup> Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010, p. 16.

<sup>471</sup> En los sistemas de control de constitucionalidad “fuerte”: A. Los tribunales tienen el poder de inaplicar una ley en un caso particular o de modificar el efecto de la ley para hacer que su aplicación sea conforme con derechos fundamentales (en formas que la ley en sí misma no prevé); y B. Los tribunales tienen el poder de establecer que una ley no ha de ser aplicada, de forma tal que dicha ley se convierte en letra muerta. Una forma todavía más fuerte de control de constitucionalidad es la que da facultades a los tribunales de expulsar una norma legislativa del sistema jurídico (como sucede en algunos sistemas de países europeos). Waldron señala que parece que los tribunales estadounidenses no tienen este poder, pero aclara que el efecto real de sus facultades no queda muy alejado de ese tipo de poder. Waldron, Jeremy, “The Core of the Case against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, núm. 6, 2006, pp. 1354 y 1355.

<sup>472</sup> Cano, *op. cit.*, pp. 134 y 135.

vas y plurales que garanticen respuestas democráticas y, que los jueces sean los encargados de promover, mediar y preparar esas discusiones para que las decisiones jurisdiccionales no se conviertan en órdenes supremas o superiores fulminantes, sino en construcciones dialógicas que surgen de la voluntad conversacional de los juzgadores con los oprimidos o los excluidos en sus derechos. Siendo así, la argumentación deja de ser un diálogo entre élites que realiza el juez con otras voces que no son los directamente involucrados o los posibles perjudicados por la forma de interpretación jurisdiccional de los derechos, sino que se extiende con otros protagonistas para buscar las mayores argumentaciones con distintos participantes en la provisión de las normas constitucionales y convencionales interamericanas.<sup>473</sup>

## 2. *El constitucionalismo popular*

Otra respuesta teórica vinculada con la objeción contramayoritaria puede encontrarse en el denominado constitucionalismo popular, enfoque surgido en Estados Unidos como una reacción de parte de la academia y del foro en contra del sesgo conservador de la “Corte Renquist”.<sup>474</sup> Como explica Niembro, en términos generales el constitucionalismo popular

...se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la visión elitista según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales, aunque no todos los populares necesariamente son “anti-Corte” o “anti-control judicial”. El punto clave es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo.<sup>475</sup>

---

<sup>473</sup> Córdova Vinuesa, Paul, “Justicia dialógica y cortes deliberativas con la ciudadanía”, ponencia presentada en el Congreso REDIPAL Virtual X, Red de Investigadores Parlamentarios en línea, marzo-septiembre, 2017, pp. 3 y 4.

<sup>474</sup> Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, julio 2004, p. 960. En el mismo sentido se pronuncia, Niembro para quien “El constitucionalismo popular es una propuesta norteamericana que surgió a raíz del activismo conservador del Tribunal Rehnquist que, según los populares, vino a romper con el acomodo que existía entre el activismo constitucional del pueblo y la revisión judicial a partir del New Deal”. Niembro, Roberto, “Una mirada al constitucionalismo popular”, *Isonomía*, núm. 38, abril, 2013, p. 193.

<sup>475</sup> En su explicación sobre la visión del constitucionalismo popular, Niembro cita a Mark Tushnet, para quien el adjetivo de “popular” significa que distribuye ampliamente la responsabilidad sobre la Constitución y refuerza el papel de la gente en su interpretación. Asimismo, Niembro cita a otro de los “*Founding Fathers*” del constitucionalismo popular estadounidense, Larry Kramer para quien “El papel del pueblo no está limitado a actos ocasionales de creación constitucional, sino a un control activo y continuo sobre la

Por su parte, Jaime Cárdenas observa que las notas distintivas del constitucionalismo popular son: 1) flexibilizar la Constitución y excederla; 2) desafiar la supremacía judicial, y en ciertos casos impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad; 3) proponer la interpretación extrajudicial de la Constitución; 4) sostener la democratización de todas las instituciones políticas y económicas, y 5) recuperar la relación entre derecho y política. Para este autor, entre las finalidades destacadas de esta corriente teórica están el cuestionar el papel del juez constitucional como monopolístico máximo intérprete de la Constitución y del ordenamiento y promover al máximo la participación ciudadana en las decisiones colectivas, pues la legitimidad democrática de éstas depende del grado de participación de las personas en ellas.<sup>476</sup>

Larry Kramer, uno de los principales impulsores de la perspectiva teórica del constitucionalismo popular, señala que en la historia del derecho constitucional en Estados Unidos se ha dado, prácticamente desde el inicio, una lucha entre dos principios, que denomina “constitucionalismo popular” y “constitucionalismo legal”. En el primero, el papel del pueblo no está limitado a actos ocasionales en la producción de derecho constitucional (*constitution making*), sino que implica un control activo y permanente sobre la interpretación y la aplicación del derecho constitucional. En contraste, el segundo de dichos principios implica colocar la autoridad final para interpretar y aplicar la Constitución en el Poder Judicial. Según este autor, el primero de estos principios no sólo antecedió al segundo, sino que fue dominante durante la mayor parte de la historia estadounidense, si bien de manera relativamente reciente fue desplazado por el segundo principio. Después de describir cómo es que esto sucedió, Kramer propo-

---

interpretación e implementación de la Constitución, sin que el Tribunal Supremo pueda monopolizar la interpretación de la misma”. Por último, nos recuerda Niembro que el problema principal que Kramer encuentra a la supremacía judicial es el desincentivo que provoca a los ciudadanos para argumentar sobre cuestiones constitucionales. Las citas son de Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999; Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, 2004; y Kramer, Larry, “Undercover Anti-Populism”, *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005. Véase Niembro, Roberto, *op. cit.*, pp. 194-196. Cabe mencionar que Niembro reconoce que aun cuando el constitucionalismo popular es una respuesta a una manifestación concreta del ejercicio jurisdiccional en Estados Unidos, considera este autor que algunos de sus planteamientos son útiles en el contexto mexicano, en tanto pone en cuestión el papel de los jueces como principales intérpretes de la Constitución y reivindica el rol del “pueblo” en dicho carácter.

<sup>476</sup> Cárdenas Gracia, Jaime; Hernández Cervantes, Aleida y Niembro Ortega, Roberto, *Teorías críticas y derecho mexicano*, México, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 20 y 21.

ne revertir este proceso y regresar a los orígenes, es decir, al constitucionalismo popular.<sup>477</sup>

Lo afirmado por Kramer y Niembro se conecta con lo que Gargarella describe como los debates que surgieron sobre todo en la década de los noventa del siglo XX, “relacionados con el papel que la ciudadanía tenía, había tenido, y en todo caso merecía tener, en el tratamiento y decisión efectiva de los problemas públicos más importantes; y que contrastaban con estudios críticos sobre el papel que tenían, habían tenido y en todo caso merecían tener los tribunales, en dicha materia”, así como con los estudios que ayudaron a entender el modo en que movimientos sociales como el de los derechos civiles o el feminismo, habían jugado, podían jugar, y merecían jugar un papel protagónico a la hora de moldear los contenidos y sentidos del derecho.<sup>478</sup>

### 3. *La sociedad abierta de intérpretes constitucionales*

Otra perspectiva teórica que apunta hacia lo que algunos han calificado como una democratización de la interpretación constitucional la encontramos en el trabajo de Peter Häberle, quien nos dice que hasta ahora la teoría de la interpretación se ha planteado fundamentalmente dos cuestiones: una, la cuestión de las funciones y objetivos de la interpretación constitucional, y otra, la cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación constitucional (reglas interpretativas). Sin embargo —observa el referido autor—, se ha descuidado el problema de la relación sistemática con la tercera (nueva) cuestión de los “participantes” de la interpretación constitucional, una cuestión que la práctica suscita: de un inventario se desprende precisamente un grupo muy amplio, pluralista, a menudo difuso, de participantes, y éste es motivo suficiente para que la teoría tematice explícita y centralmente la cuestión de los participantes, en especial en una perspectiva de teoría científica y democrática. Para Häberle, la teoría de la interpretación estaba demasiado centrada en la “sociedad cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución, que atribuía la exclusividad de la interpretación a la órbita del juez constitucional.<sup>479</sup>

<sup>477</sup> Kramer, Larry, “Popular Constitutionalism, circa 2004”, *California Law Review*, vol. 92, núm. 4, julio, 2004, p. 959.

<sup>478</sup> Gargarella, Roberto, “Justicia y democracia. Dos siglos de inacabada discusión (con coda pensando en Chile)”, *Latin American Legal Studies*, vol. 9, 2021, p. 16.

<sup>479</sup> Häberle, Peter, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y «procesal» de la Constitución”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, núm. 11, 2008, pp. 29-31.

Häberle explica así su tesis principal:

...en los procesos de la interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales! La interpretación constitucional es un proceso consciente, aunque no tanto en la realidad, hasta ahora ha sido demasiadas veces una cuestión de una “sociedad cerrada”: de los intérpretes jurídicos “agremiados” de la Constitución y de los participantes formales en el proceso constitucional. En realidad, es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas —en la medida en que son participantes materiales—, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista.<sup>480</sup>

En esencia, Häberle propone un concepto más amplio de interpretación, entendida como un proceso en el que además del juez constitucional (intérprete “en última instancia”) participan otros órganos del Estado, así como ciudadanos y grupos diversos a los que ve como “fuerzas de producción interpretativa”: intérpretes constitucionales en sentido amplio. A su vez, dichas “fuerzas” actúan por lo menos como “preintérpretes”, en lo que el autor califica como una suerte de democratización de la interpretación constitucional.<sup>481</sup>

Aparte de los intérpretes estatales de la Constitución (órganos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial), Häberle habla de los “participantes” (no necesariamente estatales), tales como las partes en un litigio constitucional (por ejemplo, los demandantes y demandados en las acciones de amparo), quienes fundamentan sus alegaciones y obligan al juez a una toma de posición (a un “diálogo jurídico”); peritos, representantes de intereses en *hearings*, asociaciones, partidos políticos, cabilderos, entre muchos otros.<sup>482</sup>

## II. ESTRATEGIAS Y MECANISMOS DE LEGITIMACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Con sus matices, los enfoques teóricos del constitucionalismo dialógico, el constitucionalismo popular y el de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales tienen como común denominador su crítica a modelos “fuertes”

<sup>480</sup> *Idem.*

<sup>481</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.

<sup>482</sup> *Ibidem*, p. 37.



de control de constitucionalidad, en los cuales los tribunales constitucionales tienen la “última palabra” al ser “órganos de cierre” en materia de interpretación constitucional. Asimismo, un elemento central de esa crítica lo conforma lo que esta perspectiva considera como la insuficiente legitimidad democrática de los tribunales constitucionales.<sup>483</sup>

Esta inquietud y preocupación relativas a la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales se ve aumentada por la percepción de que la función y el poder de éstos no corresponde ya a la concepción hamiltoniana que los veía como “la rama menos peligrosa” del gobierno, al no tener control sobre la *espada* ni sobre la *bolsa* para ejecutar sus decisiones,<sup>484</sup> sino que en muchos casos aquellos órganos intervienen de manera decisiva en el curso y vigencia de las leyes y del diseño e implementación de las políticas públicas, además de que suelen actuar como árbitro de los poderes democráticos, y todo esto sustraído del control vertical que ejerce la ciudadanía con su voto, al mismo tiempo que tienen la “última palabra” en términos de control de constitucionalidad.<sup>485</sup>

Refiriéndose a la experiencia de Argentina, Nosetto ha articulado este fenómeno en términos de la judicialización de la política, la cual tiene cuatro manifestaciones, a saber: *a)* los tribunales cada vez más funcionan como mecanismos de canalización de las demandas sociales, atendiendo a prácticas de activismo y movilización legal<sup>486</sup> promovidas por organizaciones de la sociedad civil; *b)* el debate público se ha tornado crecientemente judicial; *c)* la creciente y novedosa judicialización del proceso legislativo, y *d)* la expansión de los llamados “litigios estructurales”, mediante los cuales se procura que los tribunales intervengan en la redefinición de las políticas públicas. Para este autor, estas manifestaciones significan que los jueces han asumido roles decididamente políticos, lo cual excede las previsiones del sistema tradicional de frenos y contrapesos, desequilibrando la balanza en favor del elemento contramayoritario.<sup>487</sup>

---

<sup>483</sup> Sosa Sacio, Juan Manuel, “Justicia constitucional dialógica. Algunos mecanismos o estrategias que favorecen la legitimación democrática de los tribunales constitucionales”, *Anuario de Investigación del CICAJ 2018-2019*, pp. 439 y 440.

<sup>484</sup> Esta es la famosa expresión empleada por Alexander Hamilton en *El Federalista*, núm. 78.

<sup>485</sup> Nosetto, Luciano “Nos, los patrocinantes del pueblo. Judicialización de la política y representación democrática en la Argentina del nuevo siglo”, *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, vol. 20, 2018, pp. 8 y 9.

<sup>486</sup> El concepto de “movilización legal” será examinado con detalle en el capítulo octavo del presente libro.

<sup>487</sup> *Ibidem*, pp. 9 y 10.

Abonando a lo anterior, Sosa observa que la labor de los jueces constitucionales como actores políticos y sociales es consecuencia inevitable de que la Constitución tiene un contenido axiológico y político: su interpretación y uso implica ejercer cierto margen de discrecionalidad o creatividad por parte de los jueces. Y no sólo esto, sino que además el contenido especial de las Constituciones “rematerializadas”<sup>488</sup> favorece a que, finalmente, terminen llegando a las manos de los tribunales constitucionales todas las «papas calientes» que existen en una comunidad política.<sup>489</sup>

Todo lo anterior no ha hecho sino reabrir la pregunta y estimular los debates sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales. A su vez, y frente a esto, algunos tribunales constitucionales han empezado a emplear medios o estrategias de legitimación democrática, basados en una concepción dialógica de la justicia constitucional, conforme a la cual “...los tribunales o cortes constitucionales promueven un debate colectivo de las cuestiones de interés público, de manera abierta, plural e incluyente”,<sup>490</sup> lo cual representa su intención de compensar la objeción democrática.

En este marco, jueces y académicos han propuesto subsanar el déficit de legitimidad democrática del Poder Judicial recurriendo a instancias dialógicas, inspiradas en modelos deliberativos o comunicativos de democracia. Según estos ideales o modelos, una decisión legítima es aquella en la que intervienen en condiciones de igualdad todos los potenciales afectados.<sup>491</sup> Esto corresponde con lo que algunos han denominado *activismo judicial dialógico*,<sup>492</sup> que se diferencia del “activismo judicial clásico” de carácter más bien “monológico”, que es impermeable a las voces de los actores sociales y políticos e institucionales relevantes, y que plantea respuestas verticales o puramente impositivas para los casos.<sup>493</sup>

---

<sup>488</sup> La “rematerialización” de las Constituciones se refiere a que muchas de estas se encuentran cargadas de una pluralidad de valores y principios morales sustantivos que condicionan la validez de las normas infraconstitucionales. Véase Prieto Sanchís, Luis, “El constitucionalismo de los derechos”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 213 y ss.; y Cárdenas Gracia, Jaime, *La Constitución de la Ciudad de México. Análisis crítico*, Senado de la República-UNAM, 2017, p. 76.

<sup>489</sup> Sosa, *op. cit.*, pp. 442 y 443.

<sup>490</sup> *Ibidem*, pp. 440 y 441.

<sup>491</sup> Noretto, *op. cit.*, pp. 2 y 3.

<sup>492</sup> Vargas Murillo, Alfonso Renato, “Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 49, Montevideo, 2020, pp. 1-22.

<sup>493</sup> Sobre el activismo judicial, conviene citar la siguiente advertencia de Sosa: “Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente precisar que muchas de las críticas o reparos que se realizan respecto al activismo judicial, comprensibles en cierta medida en relación con los

Como han observado Busch y Szmulewicz, tanto a nivel doctrinario como a nivel institucional, en la última década ha existido un creciente reconocimiento a la importancia de una justicia constitucional abierta a la ciudadanía y a la opinión pública. Se ha entendido que la legitimidad del derecho constitucional se vincula, entre otros factores, al modo de creación interactiva de éste, que permita a los diversos sectores de la sociedad, contar con instancias en que sus interpretaciones de la Constitución tengan la posibilidad de expresarse. De ahí la tendencia a implementar instituciones diseñadas para generar vínculos entre la judicatura constitucional y la sociedad civil en sistemas de justicia constitucional de Latinoamérica.<sup>494</sup>

Entre las diversas estrategias de legitimación de los tribunales constitucionales e instituciones para propiciar el diálogo con la sociedad civil destacan dos figuras: el *amicus curiae* y las audiencias públicas, las cuales, al decir de Sosa, repercuten, cuando menos:

- (1) en una mayor aceptabilidad de las decisiones judiciales (pues se habría escuchado a las voces relevantes y su participación en cierta medida legitima el proceso decisorio),
- (2) en una mayor eficacia de las decisiones judiciales (pues se han resuelto considerando la opinión de los involucrados e incluso podría comprometerse a las partes con el cumplimiento de lo que se va a decidir), y
- (3) en una mayor corrección epistémica de las decisiones judiciales (pues contar con un mayor número de participantes en la deliberación, más todavía si intervienen quienes mejor conocen la materia que se discute, ayuda a evitar sesgos y errores de todo tipo).<sup>495</sup>

Al análisis de estas dos figuras dedicaremos lo que resta del presente capítulo.

---

jueces del Norte Global (Europa y Estados Unidos, por ejemplo) atendiendo a sus tradiciones ideológicas y jurídicas y al rol de sus actores políticos, no pueden ser extrapoladas mecánicamente para el caso de los jueces del Sur Global (América Latina, por ejemplo). Esto es así, porque en los países latinoamericanos la judicatura no solo hace las veces de freno o contrapeso efectivo para los poderes políticos y sus eventuales excesos; en nuestros contextos las cortes constitucionales se encargan, además, de hacer cumplir la constitución frente a las omisiones, la indolencia y la desidia del Estado, empezando, muchas veces, por lo más elemental en materia de tutela de derechos y satisfacción de necesidades humanas básicas”. Además, Sosa sostiene que ante la posibilidad de errores o excesos de una judicatura activista, las instancias dialógicas pueden servir como “mecanismos de corrección” para la legitimación democrática de la función judicial. Otros mecanismos de corrección son las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica. Sosa, *op. cit.*, pp. 443-446.

<sup>494</sup> Busch Venthur, Tania y Szmulewicz Ramírez, Esteban, “Deliberación, legitimidad y organización interna de los tribunales constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 54, 2020, p. 135.

<sup>495</sup> Sosa, *op. cit.*, p. 445.

### III. EL *AMICUS CURIAE* O “AMIGO DEL TRIBUNAL”

#### 1. *Breve introducción al tema*

Mônia Hennig introduce la discusión sobre el *amicus curiae* en el derecho brasileño teniendo como referente teórico las nociones de Constitución cultural y abierta —y la de sociedad abierta de intérpretes de la Constitución— de Peter Häberle, como fundamento que permite y demanda la participación efectiva de los ciudadanos en la esfera hermenéutica y de aplicación de los contenidos constitucionales. En este marco, el *amicus curiae* es un mecanismo procesal apto para viabilizar institucionalmente la participación, a efecto de tornar más amplio el debate constitucional y, en consecuencia, la legitimidad de las decisiones y sentencias de la jurisdicción constitucional.<sup>496</sup>

Como ya vimos en la primera sección del presente capítulo, Hennig nos recuerda que en la visión de Häberle la Constitución es un proceso libre y abierto; es una *res publica* vinculada a la noción de “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”, lo que implica que el ámbito constitucional es un espacio de actuación de los ciudadanos como sujetos activos, y no sólo sujetos pasivos o espectadores del orden jurídico-constitucional, por lo que ellas pueden participar en la construcción de los sentidos y significados de la Constitución para la vida en común.

Cabe señalar que hacer realidad lo anterior requiere diseñar formas cooperativas y comunicativas de acción y nuevos mecanismos de participación, a fin de organizar un proceso público amplio y participativo para el establecimiento de los contenidos y significados de la Constitución. La idea es posibilitar la cooperación entre el Estado y la sociedad teniendo como presupuesto el derecho a la participación en los asuntos públicos, incluido el ámbito de la jurisdicción (llegando con ello a la noción de “jurisdicción constitucional abierta”).<sup>497</sup>

Para Hennig, esta conceptualización incluye la actividad hermenéutica en una esfera abierta y pluralista, lo cual lleva a la necesidad de analizar un aspecto hasta ahora relegado a segundo plano por la teoría de la interpreta-

---

<sup>496</sup> Hennig Leal, Mônia Clarissa, “La noción de Constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el derecho brasileño”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8, núm. 1, 2020, p. 284.

<sup>497</sup> Lo que Häberle denomina *status activus processualis*. Además, esta idea corresponde con lo que Hennig denomina la pluralización y democratización de los contenidos constitucionales. *Ibidem*, pp. 286-288.

ción: la cuestión de quiénes interpretan, quiénes son los sujetos, los participantes en el proceso de interpretación, así como su respectiva praxis.<sup>498</sup> Por ello es que la referida autora sostiene que

En la medida que son muchos los intérpretes constitucionales, se extiende la noción de participación en el proceso constitucional, lo que acaba por influir la interpretación jurídica del propio Tribunal, que está ampliada en sus perspectivas y abordajes, ampliándose así, igualmente, sus potencialidades de fundamentación y de legitimación democrática, una vez que la decisión tenga incorporados más elementos de la realidad y, consecuentemente, será más permeable a los argumentos plurales aducidos en el proceso de participación, así como también más “situada” en el tiempo y en el espacio comprensión del problema en cuanto problema social y cultural.<sup>499</sup>

Asimismo, y siguiendo a Häberle, la autora distingue entre interpretación técnica o jurídica e interpretación democratizada. La primera corresponde a la jurisdicción constitucional (la cual se basa en el lenguaje, en las técnicas propias del universo jurídico). La segunda es generada por la sociedad abierta de intérpretes, como nuevos “hechores de sentido”. En este esquema, esta última potencializa a la primera, con elementos extraídos de la realidad y de la sociedad abierta y pluralista. La primera *absorbe* a la segunda.<sup>500</sup>

Dicho lo anterior, sostenemos, como sugiere Hennig, que el *amicus curiae* es un instrumento de comunicación entre la sociedad civil y los jueces constitucionales, que abre posibilidades de participación ciudadana en el proceso constitucional.

Ahora bien, Víctor Bazán define a la figura del *amicus curiae* como un mecanismo de participación procesal que supone la presentación en un proceso de un tercero que interviene aportando una opinión fundada, que puede resultar relevante para la resolución de un litigio en el que se debatan cuestiones socialmente sensibles.<sup>501</sup> Esto último hay que enfatizarlo, puesto que parece haber consenso en la doctrina en el sentido de que la figura aquí examinada (al igual que las audiencias públicas que analizaremos en la sección

---

<sup>498</sup> La democratización de la tarea interpretativa, la ampliación del círculo interpretativo a la ciudadanía, supone que la norma no se caracteriza por ser una decisión previa, lista y predeterminada, sino que necesita ser desarrollada (pero no exclusivamente por el juez constitucional). *Ibidem*. p. 290.

<sup>499</sup> *Ibidem*, p. 291.

<sup>500</sup> *Ibidem*, p. 292.

<sup>501</sup> Bazán, Víctor, “¿De qué hablamos cuando hablamos de *amicus curiae*?”, *Revista de Derecho Público*, núm. 71, 2009, p. 135.

siguiente) no procede en todo tipo de asuntos, sino solamente en relación con “cuestiones socialmente sensibles”, “casos difíciles”,<sup>502</sup> “casos complejos”,<sup>503</sup> “causas de trascendencia general”,<sup>504</sup> o bien “litigios de interés público”.<sup>505</sup> Es decir, se trata de casos en los cuales las sentencias de los tribunales constitucionales tienen impacto más allá de las partes en la controversia o litigio.

El *amicus curiae* (amigo de la Corte) permite que terceros ajenos a un proceso ofrezcan opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido a conocimiento judicial, justificando su interés en su resolución final. Este tipo de intervención ayuda a mejorar el nivel de transparencia en los procesos judiciales, eleva el nivel de discusión y abre el debate de la temática en litigio, especialmente en aquellos casos donde se encuentre comprometido el interés público o exista una trascendencia social que supere las particularidades del caso concreto.<sup>506</sup>

---

<sup>502</sup> Sosa sostiene que por lo general el activismo judicial “...no se manifiesta frente a casos fáciles o rutinarios, sino más bien frente a casos complejos, los cuales pueden serlo por diferentes motivos: por tratarse de casos argumentativa o moralmente «difíciles» o «trágicos» (que muchas veces requieren evaluar la corrección desde el razonamiento práctico o moral); de casos en los cuales, para resolver correcta o razonablemente, el derecho positivo resulta insuficiente (por lo que los jueces deben «crear» derechos o instituciones procesales *ex nihilo*), de casos que requieren una respuesta más allá del litigio individual (siendo necesario, por ejemplo, emitir sentencias atípicas, de carácter «estructural») o de casos en los que resulta necesario morigerar la decisión a tomar atendiendo a las consecuencias políticas, económicas, sociales, etcétera, del fallo (esto, porque muchas veces decisiones del tipo «fiat iustitia et perat mundus» podrían generar consecuencias contraproducentes en términos constitucionales), entre otras posibilidades”. Sosa, *op. cit.*, pp. 443 y 444.

<sup>503</sup> “Las audiencias aparecen en esta literatura como una de las herramientas clave para promover intervenciones judiciales dialógicas que pongan en contacto a los diferentes actores involucrados en casos complejos; hagan pública o generen información relevante para la decisión; y mantengan una dinámica de cooperación no confrontativa entre las partes y los jueces que los aleje de los problemas que acarrea el modelo de órdenes unilaterales donde aquéllos se arrojan la última palabra”. Benedetti, Miguel A. y Sáenz, M. Jimena, “Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, octubre 2018, pp. 103 y 104.

<sup>504</sup> Defensoría del Pueblo, *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve?*, serie Documentos Defensoriales, Documento núm. 8, Lima, Defensoría del Pueblo, 2009, pp. 39 y 40.

<sup>505</sup> Ucín ve en el *amicus curiae* una forma de incorporar una mayor representación de los intereses involucrados en la litis, lo cual cobra mayor relevancia cuando el asunto tiene trascendencia pública o el carácter de interés público está involucrado en la cuestión debatida. Véase Ucín, María Carlota, “Fundamentos teóricos para la participación ciudadana en los tribunales: una mirada a los casos de interés público”, *Revista Paradigma, Riberão Preto-SP*, año XXVII, vol. 31, núm. 1, enero-abril de 2022, p. 80.

<sup>506</sup> Defensoría del Pueblo, *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve?*, serie Documentos Defensoriales, Documento núm. 8, Lima, Defensoría del Pueblo, 2009, p. 18.

Según Collins, la participación de *amici* permite la introducción de argumentos jurídicos nuevos o alternativos dentro de un litigio; permite también la presentación de evidencia científica ante los tribunales porque, a diferencia de las partes en el litigio, los *amici* pueden ser especialistas en políticas públicas, con conocimiento cercano a un área de política en particular. Finalmente, los *amici* informan a los tribunales sobre las implicaciones de política pública más amplias que podría tener una decisión proporcionando información sobre las consecuencias económica, sociales y de políticas públicas de las decisiones. Al hacer esto, dice Collins, los *amici* desempeñan una función similar a la de los cabilderos ante la legislatura.<sup>507</sup>

Por su parte, Abregú y Courtis justifican así la figura del *amicus curiae*:

Esta vinculación entre la discusión judicial de cuestiones de interés público y la posibilidad de que personas, grupos o instituciones presenten sus respectivas opiniones sobre el tema ante el tribunal, no hace más que reforzar el aspecto participativo del carácter republicano de gobierno. Ello es así, toda vez que, proporcionada la posibilidad de que los grupos interesados presenten sus puntos de vista ante la inminencia de una decisión judicial trascendente, el debate de las cuestiones examinadas judicialmente que, de otro modo, quedan relegadas al relativo hermetismo de la función jurisdiccional, adquiere el carácter de una discusión pública.<sup>508</sup>

Por otro lado, debemos señalar que entre los beneficios que esta figura puede aportar a los litigios se ha señalado que ella otorga transparencia a las decisiones jurisdiccionales, democratiza la discusión jurisdiccional y, por extensión, fortalece la garantía del debido proceso, que involucra, entre otras cosas, la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, lo cual es misión principal de los tribunales constitucionales, "...cuya legitimidad en buena medida se asienta en la razonabilidad de sus pronunciamientos".<sup>509</sup>

Parte del debate sobre el *amicus curiae* se dedica a explicar lo que esta institución no es. Por ejemplo, se afirma que el *amicus curiae* no constituye una

<sup>507</sup> Collins, Paul M. Jr., *Friends of the Supreme Court, Interest Groups and Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2008, pp. 26 y 27.

<sup>508</sup> Abregú, Martín y Courtis, Christian, "Perspectivas y Posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 1997, p. 388.

<sup>509</sup> Busch Venthur, Tania y Szmulewicz Ramírez, Esteban, "Deliberación, legitimidad y organización interna de los tribunales constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 54, 2020, p. 141.

interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni un agravio a la independencia de los jueces, pues los criterios que aporta no tienen carácter vinculante para los tribunales (al acoger el tribunal los argumentos de un tercero ajeno al proceso, no se distrae de su marco de conocimiento propio y competencial).<sup>510</sup> Por otro lado, tampoco representa una limitación del derecho de defensa de alguna de las partes, porque las opiniones del *amicus curiae* no son vinculantes, y su finalidad más bien es “robustecer debates judiciales que afectan a la comunidad, al interés público, o a la situación de determinados grupos”.<sup>511</sup> Por último, el *amicus curiae* no reviste calidad de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a éstas; su informe no constituye un dictamen pericial, y la actuación que despliega no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal ante el que comparece.<sup>512</sup>

Pero la doctrina también alude a una serie de preocupaciones en relación con la figura aquí examinada. Por ejemplo, que sea instrumentado disfuncionalmente, convirtiéndose en un mecanismo refinado de presión sobre los jueces; o bien, aun cuando ejercitado sin ese ánimo, sus condiciones de ejercicio lo vuelvan disfuncional ante el riesgo de que la presentación desmesurada por *amici*, de informes y/o de argumentos que sólo reiteran lo ya aportado por las partes, pudieran representar una pérdida de tiempo para los tribunales.<sup>513</sup>

Para contrarrestar lo anterior es que se ha propuesto que no cualquiera pueda presentarse como *amicus curiae*, sino que se debe acreditar un interés concreto relacionado con el litigio en el que se pretende intervenir. Y no cualquier interés, sino un interés *supraindividual*; o bien que se demuestre tener un interés razonable en relación con su condición, a su especialidad o a su solvencia intelectual sobre el tema en cuestión. O, finalmente, en el caso de las organizaciones (asociaciones u ONG), que la intervención de éstas en calidad de *amicus curiae* se encuentre respaldada en la demostración de que el objeto de su agrupación coincide con el objeto a determinar en el proceso. Con este tipo de condicionamientos, y con el poder del juez o tribunal

---

<sup>510</sup> “En efecto, también se debe considerar que, al acoger el tribunal los argumentos de un tercero ajeno al proceso, no se distrae de su marco de conocimiento propio y competencial, porque su ámbito de decisión se mantiene incólume y, por ende, se encuentra en la capacidad de emitir una determinación arreglada al Derecho, conforme a su propio criterio”. Defensoría del Pueblo, *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve?*, serie Documentos Defensoriales, Documento núm. 8, Lima, Defensoría del Pueblo, 2009, pp. 39 y 40.

<sup>511</sup> *Idem*.

<sup>512</sup> Bazán, *op. cit.*, p. 135.

<sup>513</sup> Borda, Guillermo J., “El *amicus curiae*”, *Signos Universitarios*, vol. 30, núm. 46, 2011, pp. 177 y 178.



de rechazar “amigos” que no cumplan con ellos, se buscaría garantizar de cierta forma “el bloqueo de opiniones impertinentes que pudiesen, en lugar de esclarecer, entorpecer o empañar la dilucidación del conflicto”.<sup>514</sup>

Otro aspecto polémico que ha provocado discusión en la doctrina se encuentra en la opinión sostenida por algunos, según la cual el *amicus curiae* ha evolucionado de ser una asistencia neutral a los tribunales, a convertirse en una formidable herramienta para abogar a favor de alguna de las partes (*partisan advocacy*).<sup>515</sup> Es decir, según esta visión, quien actúa como *amicus curiae* en la actualidad, es un actor con interés de apoyar a alguna de las partes para defender sus intereses.<sup>516</sup> Sin embargo, y frente a esta observación, Geraldina González de la Vega ha sostenido que la crítica se basa en un presupuesto que es inexacto, cuando lo que examinan los tribunales constitucionales son intereses generales, articulando su argumento de la siguiente manera:

Quando se analiza, por ejemplo, la reforma para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, y se presentan *amicus* para apoyar la reforma, es decir, apoyar a la Asamblea y al Gobierno del D. F., no se está apoyando “a una de las partes”, se está apoyando un principio general de no discriminación por orientación sexual que tendrá efectos erga omnes y que acabará beneficiando por un lado, a los grupos discriminados; y por otro, a la generalidad, pues prevalece la normatividad constitucional.<sup>517</sup>

Visto lo anterior, debemos preguntarnos si la figura del *amicus curiae* se encuentra debidamente regulada en México. Si este no fuera el caso, nos proponemos buscar en el derecho comparado algunos puntos de referencia para sugerir una normativa adecuada para nuestro país en esta materia. A esto dedicamos lo que resta de la presente sección.

<sup>514</sup> Baquerizo Minuche, Jorge, “El *amicus curiae*: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas”, *Revista Jurídica*, núm. 21, 2006, pp. 9-19.

<sup>515</sup> Krislov, Samuel, “The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy”, *Yale Law Journal*, vol. 72, 1963, pp. 694-721.

<sup>516</sup> Ucín también advierte del riesgo de que los *amici curiae* se conviertan en una figura no neutral, sino en una figura interesada, interviniendo en los litigios no como amigos del tribunal, sino como abogados de ciertos intereses. Por ello es que en Argentina se obliga a dar información sobre quién da financiamiento a quienes se presentan como “Amigos del Tribunal”, para evitar que bajo la apariencia de neutralidad se oculten *lobbies* determinados. Ucín, *op. cit.*, p. 81.

<sup>517</sup> González de la Vega, Geraldina, “*Amicus curiae*. Reflexiones sobre la participación de la sociedad civil en la definición de los derechos”, en Sotelo Gutiérrez, Arturo (coord.), *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2017, p. 51.

## 2. *El amicus curiae en México*

La figura del *amicus curiae* no está prevista ni regulada en México.<sup>518</sup> Geraldina González de la Vega<sup>519</sup> reporta que en relación con el litigio relativo al matrimonio igualitario del cual conoció la SCJN en 2010, los distintos grupos e individuos que decidieron participar como *amicus curiae* tuvieron que buscar el fundamento legal de su pretensión en diversas disposiciones que no se refieren explícitamente a dicha figura, como por ejemplo el artículo 68, primer párrafo, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM según el cual “Hasta antes de dictarse sentencia, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto”.

Igualmente —reporta la autora—,<sup>520</sup> se buscó apoyar nomativamente la participación como *amicus curiae* invocando el artículo 1 de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones, de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (Resolución de la Asamblea General de la ONU, A/RES/53/144 aprobada el 8 de marzo de 1999), el cual dispone que “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”.

También narra González de la Vega cómo es que actores de la sociedad civil acudieron el 28 de junio de 2010 a la ponencia del ministro Sergio Valls, quien fue ponente en el asunto relativo a las reformas a los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal para hacer posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, presentándole un informe en calidad de *amicus curiae* y solicitándole circular el informe con los otros diez ministros del pleno. Sin embargo:

---

<sup>518</sup> El “Acuerdo General número 10/2007 de tres de mayo de 2007, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el que se establecen los lineamientos para la comparecencia de especialistas ante el Tribunal Pleno” no regula el *amicus curiae*, sino que tiene por objeto “establecer los lineamientos generales que deberán observarse para la comparecencia de especialistas para el esclarecimiento de conceptos técnicos ante el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en el entendido de que esas comparecencias son convocadas por el propio pleno, a instancia de una ministra o ministro instructor o ponente en un asunto de conocimiento de dicho órgano.

<sup>519</sup> González de la Vega, *op. cit.*, p. 65.

<sup>520</sup> *Ibidem*, p. 51.

Precisamente porque no está regulada la presentación de dichos informes, una vez presentados, se desconocía el trámite interno que la Corte debía dar a este tipo de actuaciones, pues las partes que lo presentamos no formamos parte del litigio, en este caso, de la acción de inconstitucionalidad. De tal forma que, no se tenía certeza de que nuestro informe sería efectivamente circulado entre las demás ponencias de la Corte.<sup>521</sup>

Frente a lo anterior, consideramos que sería conveniente regular el *amicus curiae* siguiendo la pauta que desde 2006 estableció el *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, elaborado en el seno de la propia SCJN, cuya acción 22 definió lo siguiente:

Las funciones de un tribunal constitucional trascienden el interés de las partes en conflicto. Por ello, para lograr un mayor acceso a la justicia y promover una mejor y más amplia participación social en la defensa de los derechos fundamentales y las controversias políticas, se debe introducir la figura del *amicus curiae* en algunos mecanismos procesales existentes (e. g. controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, contradicciones de tesis e, incluso en ciertas hipótesis, el propio amparo). Existen diversas maneras de lograr este objetivo, discutidas en la sección correspondiente de este Libro Blanco, y que incluyen desde una reforma constitucional hasta modificaciones legislativas. Sin embargo, su implementación también puede lograrse en el corto plazo mediante una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta dirección. En cualquier hipótesis es necesario subrayar que este mecanismo supone el ejercicio de una facultad discrecional del tribunal quien debe determinar en cada caso la manera en que el *amicus curiae* contribuye a informar su decisión.<sup>522</sup>

Conviene observar que la ausencia de una base constitucional relativa a esta figura no es óbice para que ésta se pueda regular a través de una ley o de un acuerdo de la SCJN. En otros países se ha discutido este tema, en relación con el cual nos adherimos a lo sostenido por Baquerizo Minuche:

Por el contrario, al significar una colaboración espontánea para la Justicia, dicha figura no puede sino cobijarse en la libertad que tiene toda persona para actuar dentro de los perímetros de todo aquello que no esté prohibido. Aparte, de la revisión íntegra del texto constitucional, no se advierte

<sup>521</sup> *Ibidem*, pp. 51 y 52.

<sup>522</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, agosto de 2006.

ninguna cláusula o principio constitucional comprometido o lesionado con la introducción del *amicus curiae* en el proceso, aun sin consagración legal expresa.<sup>523</sup>

Finalmente, en relación con el *amicus curiae* en nuestro país, no podemos dejar de mencionar la siguiente tesis del Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en la que se hace referencia a esta figura en los siguientes términos:

*AMICUS CURIAE*. SUSTENTO NORMATIVO DEL ANÁLISIS Y CONSIDERACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES RELATIVAS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. La figura del *amicus curiae* o amigos de la corte o del tribunal, por su traducción del latín, constituye una institución jurídica utilizada, principalmente, en el ámbito del derecho internacional, mediante la cual se abre la posibilidad a terceros, que no tienen legitimación procesal en un litigio, de promover voluntariamente una opinión técnica del caso o de aportar elementos jurídicamente trascendentes al juzgador para el momento de dictar una resolución involucrada con aspectos de trascendencia social. Así, aunque dicha institución no está expresamente regulada en el sistema jurídico mexicano, el análisis y la consideración de las manifestaciones relativas por los órganos jurisdiccionales se sustenta en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el diverso 23, numeral 1, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el Acuerdo General Número 2/2008, de diez de marzo de dos mil ocho, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se establecen los lineamientos para la celebración de audiencias relacionadas con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional.<sup>524</sup>

---

<sup>523</sup> Baquerizo Minuche, Jorge, “El *amicus curiae*: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas”, *Revista Jurídica*, núm. 21, 2006, p. 12. En el mismo sentido se expresa Bazán, en el contexto de Argentina, al encontrar apoyo normativo-constitucional para la figura del *amicus curiae* en las disposiciones relativas al derecho de petición, el debido proceso, entre otras. Bazán, Víctor, “El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 12, enero-junio, 2005, p. 49.

<sup>524</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 54, mayo de 2018, t. III, p. 2412. Tesis aislada: I.10o.A.8 K (10a.). (Décimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito). Amparo en revisión 37/2017. Documenta, Análisis y Acción para la Justicia Social, A. C. 22 de marzo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Arturo Camero Ocampo. Secretario: Ángel García Cotonieto.

### 3. *El amicus curiae en Argentina*

En Argentina se han propuesto proyectos de ley en el orden federal para regular el *amicus curiae*. Como ejemplo podemos citar el proyecto contenido en el expediente 6700-D-2014, en el cual se define a esta figura como una persona física o jurídica, sin ser parte en una causa judicial determinada en que se debate un tema de interés público, es convocada por el tribunal respectivo para emitir una opinión jurídica especializada, o la presenta espontáneamente (artículo 1o.).

Asimismo, establece este proyecto, que el *amicus curiae* debe acreditar sumariamente, a los efectos de su aceptación por parte del tribunal, poseer amplia especialización en el tema sujeto a resolución; y debe también declarar bajo juramento qué relación tiene con las partes, o no tenerla, según sea el caso, quedando sujeto en este aspecto a las penas establecidas para el delito de falso testimonio (artículo 2o.).

Por otra parte, en el proyecto se aclara que el *amicus curiae* no es parte en el juicio, ni su presentación genera honorarios o costas, y que puede aplicársele una multa en caso de evidente improcedencia o indisciplina procesal (artículo 3o.). El proyecto también dispone que la opinión del *amicus curiae* no es obligatoria para el tribunal. Sin embargo, se dispone que una vez presentada la opinión, debe ser considerada expresamente en la sentencia, además de que pueden presentarse varios *amici curiae* en el mismo proceso (artículo 4o.).<sup>525</sup> Finalmente, se establece en el proyecto que el *amicus curiae* puede presentarse en todos los tribunales federales de la nación (artículo 5o.).<sup>526</sup>

---

<sup>525</sup> El deber de mencionar los *amici curiae* en las sentencias permitiría rastrear la medida en que la presentación de este tipo de informes por parte de actores de la sociedad tienen o pueden tener alguna influencia en las decisiones de la SCJN. Este tipo de rastreo se ha realizado en Estados Unidos. Véase Collins, Paul M. Jr., “Friends of the Court: Examining the Influence of *Amicus Curiae* Participation in U. S. Supreme Court Litigation”, *Law & Society Review*, vol. 38, núm. 4, diciembre de 2004, pp. 807-832.

<sup>526</sup> En la exposición de los fundamentos de este proyecto de ley se puede leer la siguiente justificación: “Esa vinculación entre la discusión judicial de cuestiones de interés público y la posibilidad de que personas, grupos o instituciones interesadas en la proyección colectiva de las decisiones de la magistratura presenten sus respectivas opiniones sobre el tema ante el tribunal, no hace más que reforzar el aspecto participativo de la forma republicana de gobierno.

Esto es así porque se proporciona la posibilidad de que las personas o los grupos interesados presenten sus puntos de vista ante la inminencia de una decisión judicial trascendente que, de otro modo, quedan relegadas al relativo hermetismo de la función jurisdiccional. Gracias a la figura del *amicus curiae* esa discusión adquiere carácter público. La posibilidad de

Por su parte, en el orden subnacional, la provincia de Buenos Aires ya ha aprobado una ley para regular el *amicus curiae*. Se trata de la Ley 14736, que reglamenta a los “Amigos del Tribunal” (publicada el 15 de septiembre de 2015). Citamos a continuación algunos de sus aspectos más relevantes:

- A) Toda persona física o jurídica que no sea parte de un pleito y reúna las condiciones establecidas en la presente Ley, podrá presentarse ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. El Estado Provincial y los municipios de la Provincia de Buenos Aires, a través de sus organismos y órganos de control especializados, podrán intervenir en calidad de Amigos del Tribunal con el alcance establecido en la presente Ley (artículo 1o.).
- B) El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito. Su intervención deberá limitarse a expresar una opinión fundada por escrito, basada en argumentos de carácter jurídico, técnico o científico, relativos al tema en debate. Dichas opiniones tienen por finalidad ilustrar al Tribunal; por lo tanto, carecen de efecto vinculante. El Amigo del Tribunal no reviste calidad de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que corresponden a éstas (artículo 2o.).
- C) La Suprema Corte de Justicia establecerá cuáles son las causas aptas para la intervención de Amigos del Tribunal respecto de las que estén a su consideración y resolución. A tal efecto, dictará una providencia que será publicada en el sitio Web del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires y remitida por cédula a diligenciarse en el domicilio electrónico de todas las entidades que se inscriban en el Registro de Amigos del Tribunal creado en el artículo 11 de la presente Ley (artículo 3o.).

---

fundar decisiones judiciales en argumentos públicamente ponderados constituye un factor suplementario de legitimidad de la actuación del Poder Judicial.

La presentación del *amicus curiae* conlleva entonces una doble función: a) aportar al tribunal, bajo cuyo examen se encuentra una disputa judicial de interés público, argumentos u opiniones que puedan servir como elemento de juicio para que 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 las personas o de los grupos interesados y sometiendo a la consideración general las razones que el tribunal tendrá a la vista al adoptar y fundar su decisión”.

- D) La providencia que dicte la Suprema Corte de Justicia habilitando la intervención de Amigos del Tribunal en una causa fijará el plazo para efectuar las presentaciones correspondientes consignando la fecha en que fenece. Salvo situaciones de urgencia, el lapso previsto no podrá ser inferior a un (1) mes. Durante este lapso, el expediente de la causa estará a disposición de los interesados, quienes podrán revisar las actuaciones y obtener las copias correspondientes (artículo 4o.).
- E) La presentación del Amigo del Tribunal deberá cumplimentar los siguientes requisitos y condiciones: *a)* Constituir un domicilio electrónico en los términos del artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, si no se encontrara inscrito en el Registro de Amigos del Tribunal. *b)* Fundamentar su interés por participar en la causa y exponer el vínculo entre el caso y su especialización o competencia, ya sea una persona física o una organización. En este último caso, deberá presentar la documentación que acredite la representación ejercida. *c)* Expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos. *d)* Informar si ha recibido financiamiento o ayuda económica de cualquier especie proveniente de alguna de las partes. *e)* Informar si ha recibido asesoramiento en cuanto los fundamentos de la presentación, identificando en su caso, a la persona que elaboró la opinión. *f)* Informar si el resultado del proceso le representará directa o indirectamente beneficios patrimoniales. *g)* Omitir la introducción de hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis o a los que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos. *h)* Omitir opinión sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes. *i)* Precisar los argumentos de carácter jurídico, técnico o científico, relativos al tema en debate. En caso de que el Amigo del Tribunal incurriera en una falsedad comprobada respecto de uno o alguno de los requisitos establecidos en los incisos d), e) y f) del presente artículo, se excluirá la presentación de la causa, pudiendo sancionarse a la persona física o jurídica que hubiese intervenido en tal calidad, hasta con su exclusión del Registro de Amigos del Tribunal creado en el artículo 11 (artículo 7o.).
- F) Si la presentación del Amigo del Tribunal fuese pertinente, la Suprema Corte de Justicia ordenará su incorporación al expediente mediante una providencia única que se notificará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 133 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (artículo 9o.).

- G) En todas las sentencias dictadas en causas en las que hubieran intervenido Amigos del Tribunal se incluirá el nombre de las personas físicas o jurídicas que intervinieron en dicha condición, sus representantes y letrados patrocinantes (artículo 10).
- H) Se crea el Registro Público de Amigos del Tribunal en el ámbito de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el cual deberá incluir un registro de personas, organizaciones, entidades, oficinas, órganos o autoridades que tengan interés en intervenir como Amigos del Tribunal (artículo 11).
- I) La solicitud de inscripción al Registro Público de Amigos del Tribunal deberá estar acompañada de los antecedentes que fundan la petición y la materia en la cual el peticionario posea reconocida competencia, debiendo constituirse un domicilio electrónico a fin de que le sean notificadas las causas que se consideren aptas para la intervención de estos terceros conforme a lo establecido en el artículo 3o. (artículo 12).

Por su parte, a través de la Acordada 28/04, dictada el 14 de julio de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, se ha reglamentado el *amicus curiae* ante dicha instancia. En la Acordada se consideró que esta figura es “un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”, por lo que la Corte consideró apropiado

...que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

Asimismo, el más alto tribunal argentino consideró que

...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.



Con base en estas razones, la Corte Suprema de Argentina aprobó el Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal, que dispone lo siguiente:

- A) Las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito, pueden presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. La presentación deberá 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. En la presentación deberá constituirse domicilio en los términos del artículo 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 1o.).
- B) El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito; fundamentará su interés para participar en la causa e informará sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso. Su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante. Dicha presentación no podrá superar las veinte carillas de extensión (artículo 2o.).
- C) Si la Corte Suprema considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente (artículo 3o.).
- D) El Amigo del Tribunal no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que Acordada 28/2004 Exp. 2439 /2004 –Adm. Gral.– Corte Suprema de Justicia de la Nación corresponden a éstas. Su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales (artículo 4o.).
- E) Las opiniones o sugerencias del Amigo del Tribunal tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema. No vinculan a ésta pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del Tribunal (artículo 5o.).<sup>527</sup>

#### 4. *El amicus curiae en Estados Unidos*

La número 37 de las “Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos” (*Rules of the Supreme Court of the United States*)<sup>528</sup> establece la normativa

<sup>527</sup> Tres magistrados de la Corte Suprema de Argentina de la CSJN (Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt y Adolfo R. Vázquez) emitieron voto disidente en contra del referido Reglamento, al considerar que el *amicus curiae* no está previsto en el ordenamiento argentino y que no correspondía a la Corte establecerlo a través de un acordada, sino al Congreso federal, a través de una ley.

<sup>528</sup> Adoptadas el 18 de abril de 2019 y en vigor a partir del 1o. de julio de 2019.

relativa a la presentación de *amici curiae* ante dicho tribunal. Nos limitamos aquí a mencionar solamente algunas de las principales reglas:

- A) Un escrito de *amicus curiae* que ponga a consideración de la Corte una cuestión relevante que no haya sido nunca puesta en su conocimiento, y presentada por las partes, puede ser de gran ayuda para la Corte. Un escrito de *amicus curiae* que no sirva a ese propósito aumenta las cargas de la Corte, y su presentación no se encuentra favorecida.
- B) Cualquier persona o grupo de personas puede presentar un *amicus curiae* si tiene un interés demostrable en el caso (pero deben hacerlo a través de un abogado admitido a ejercer como tal ante la propia Corte).
- C) Antes de la reforma del 1o. de enero de 2023 a las Reglas de la Suprema Corte, solo con el consentimiento de todas las partes se podía presentar un *amicus curiae* en un caso concreto o bien si se contaba con el permiso de la Corte. No obstante lo anterior, se permitían los “consentimientos en blanco” por parte de demandantes y demandados, lo que flexibilizaba la aceptación de *amici curiae* ante la Corte. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2023 ya no es necesario contar con dicho consentimiento.
- D) En la regla 37 se enuncian normas relativas a la forma (en papel y en versión electrónica) y los tiempos para presentar *amici curiae*. Por ejemplo, sobre el número máximo de palabras que deben contener (lo cual varía según la etapa del procedimiento en el que se presentan); sobre la manera de presentar los “cuadernillos” que contienen los *amici curiae* (el color de los mismos cuadernillos varía según la etapa del procedimiento en el que se presentan); la manera de expresar quiénes presentan el documento respectivo; la manera de notificar a todas las partes sobre la presentación de un *amicus curiae*, entre muchas otras reglas.
- E) El documento correspondiente debe contener las siguientes secciones: *a)* la sección en la que se expresa cuáles con los intereses en el caso de quien presenta el *amicus curiae*; *b)* la sección con el resumen del argumento; *c)* la sección que contiene el argumento, y *d)* la sección de conclusiones.

Cabe señalar que a pesar de que, como sostienen Caldeira y Wright, los *amici curiae* en Estados Unidos tienden a hablar con un acento correspondiente a las “clases altas”, en realidad la Corte Suprema de ese país se

encuentra muy abierta para recibir opiniones provenientes de la sociedad civil a través de este tipo de figura.<sup>529</sup>

##### 5. *El amicus curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH)*

Los artículos 2.3 y 44 del Reglamento de la CrIDH regulan al *amicus curiae* ante dicha instancia en los siguientes términos:

2.3 La expresión “*amicus curiae*” significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.

##### Artículo 44. Planteamientos de *amicus curiae*

1. El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento,<sup>530</sup> en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos.

2. En caso de presentación del escrito del *amicus curiae* por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales y la documentación respectiva deberán ser recibidos en el Tribunal en un plazo de 7 días contados a partir de dicha presentación. Si el escrito es presentado fuera de ese plazo o sin la documentación indicada, será archivado sin más tramitación.

3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que

<sup>529</sup> “To be sure, the chorus of the Court’s friends sings with a «distinctly upper-class accent»; it is not a random sample of the population. Yet, the failure of large institutions to play a more dominant role, in our view, testifies to the surprising openness of the Court to the articulation of interests from a broad array of membership organizations”. Véase Caldeira, Gregory A. y Wright, John R., “Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?”, *The Journal of Politics*, vol. 53, núm. 3, 1990, p. 797.

<sup>530</sup> Artículo 28.1 del Reglamento de la CrIDH: “1. Todos los escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente, vía *courier*, *facsimile*, o correo postal o electrónico. Para garantizar la autenticidad de los documentos, éstos deben estar firmados. En el caso de la presentación de escritos por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales o la totalidad de los anexos deberán ser recibidos en el Tribunal a más tardar en el plazo improrrogable de 21 días, contado a partir del día en que venció el plazo para la remisión del escrito”.

no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia.

4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae*.

Regular de manera adecuada la figura del *amicus curiae* puede dar lugar a una democratización del acceso a la justicia, si bien debemos reconocer que esto implicaría poner en entredicho las tradicionales reglas de la jurisdicción y del proceso.<sup>531</sup> Como ha afirmado Ucín, se trataría de prever la construcción de una estructura subjetiva del proceso de índole multiforme y no limitada a las formas tradicionales de tipo diádico. En particular en los casos de litigio de interés público o estructural, “resulta fundamental aceptar la posibilidad de intervención en el proceso de tantas «partes» como intereses aparezcan contrapuestos en el litigio que subyace al proceso”.<sup>532</sup> No hacerlo así puede significar un recorte injustificado del problema: “Esta manera de componer los términos del litigio conduce a una adecuada comprensión del conflicto y a una superación de una mirada fragmentada de litigios que al ser policéntricos imponen un análisis sistémico”.<sup>533</sup>

#### IV. AUDIENCIAS PÚBLICAS ANTE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

En América Latina, un sector importante de la doctrina (identificado con las corrientes del constitucionalismo popular y el constitucionalismo dialógico a las que nos hemos referido en la sección I del presente capítulo) ha sostenido que frente al “déficit democrático” de las decisiones de los jueces supremos, magnificado por procesos judiciales “escriturarios y sigilosos”, con nula participación de la sociedad y la escasa información disponible para la ciudadanía hasta que las Cortes adoptan una decisión final, se puede pensar en diseñar e implementar “una serie de arreglos y herramientas institucionales dentro

<sup>531</sup> Baquerizo, *op. cit.*, p. 20.

<sup>532</sup> Ucín, *op. cit.*, p. 78.

<sup>533</sup> Con ello se lograría incorporar al litigio argumentos nuevos, una opinión más ilustrada y dar carácter público a los argumentos. También se permitiría identificar la toma de posición de grupos interesados y someter a consideración general las razones que el tribunal tendrá a la vista al adoptar y fundar su decisión. *Ibidem*, p. 78-81.

de las estructuras judiciales que las abran y las vuelvan más permeables a preocupaciones, intereses y participación ciudadanas”.<sup>534</sup>

Entre esas herramientas de acceso a los tribunales destacan las audiencias públicas, las cuales

...pueden permitir la participación de los distintos afectados por las decisiones, otorgar voz a aquellos que usualmente quedan relegados en el foro político, establecer espacios de diálogo y deliberación públicos entre los jueces y distintos actores relevantes para resolución de los casos, dotar de transparencia y publicidad a las discusiones e invitar a la ciudadanía a involucrarse en discusiones constitucionales.<sup>535</sup>

Por su parte, Barquerizo ha sostenido que es necesario complementar la adecuada integración de la litis con la creación de foros específicos en los que se propicie la necesaria deliberación. Para este autor, el juez debe conducir a las partes hacia formas dialógicas, en un proceso abierto y colectivo. En este sentido, “La creación de ámbitos como las audiencias públicas podría ayudar a que los poderes políticos adopten sus decisiones de una manera más imparcial. Sin embargo, para lograr este propósito será necesario también que los argumentos vertidos en el seno de las mismas sea tenido en cuenta en la decisión final”.<sup>536</sup>

Asimismo, para Ucín, las audiencias tienen una finalidad epistémica, ya que permiten un mayor conocimiento de los hechos y argumentos controvertidos en la causa, lo que a su vez también confiere un valor legitimante al obrar jurisdiccional. Para esta autora, las audiencias públicas son foros propicios para la deliberación, que permiten integrar en los litigios a todas las voces para lograr un enriquecimiento epistémico y la legitimación del proceso judicial correspondiente.<sup>537</sup>

Por otro lado, las audiencias públicas también han sido identificadas como una herramienta para promover

Intervenciones judiciales dialógicas que pongan en contacto a los diferentes actores involucrados en casos complejos; hagan pública o generen información relevante para la decisión; y mantengan una dinámica de cooperación no confrontativa entre las partes y los jueces que los aleje de los problemas

<sup>534</sup> Benedetti, Miguel A. y Sáenz, M. Jimena, “Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 15, octubre 2018, pp. 103 y104.

<sup>535</sup> *Idem*.

<sup>536</sup> Barquerizo, *op. cit.*, pp. 82 y 83.

<sup>537</sup> Ucín, *op. cit.*, pp. 83-85.

que acarrea el modelo de órdenes unilaterales donde aquéllos se arrojan la última palabra.<sup>538</sup>

Es decir, como sugieren Brinks y Gauri, en cierto tipo de litigios (generalmente los que involucran derechos económicos y sociales) algunos tribunales (de países como Brasil, India, Indonesia, Nigeria y Sudáfrica) han desarrollado técnicas de intervención judicial en la construcción de “remedios” que sean más eficaces, a través de las cuales se busca “promover el diálogo entre los actores interesados como una forma de descubrir y hacer más concretas las obligaciones asociadas a la violación de los derechos particulares”.<sup>539</sup> Entre esas técnicas se encuentran las audiencias públicas.

### 1. *Las audiencias públicas ante la SCJN en México*

Las audiencias públicas ante la SCJN se regulan por medio del Acuerdo General 2/2008, del 10 de marzo de 2008, del Pleno de la SCJN, “en el que se establecen los Lineamientos para la celebración de audiencias relacionadas con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional”.

El sustento legal que se invoca en el propio Acuerdo se basa en las fracciones XXI y XXII del artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, según las cuales corresponde al pleno de la SCJN dictar acuerdos generales en las materias de su competencia, así como ejercer las atribuciones que le determinen las leyes. Asimismo, se menciona en el Acuerdo que el artículo 1o. de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que a falta de disposición expresa, se estará a las prevencio-

<sup>538</sup> Benedetti y Sáenz, *op. cit.*, p. 104.

<sup>539</sup> Refiriéndose al derecho a la salud, Brinks y Gauri han observado que “Al mismo tiempo, en términos de estilo, en reiteradas oportunidades los tribunales lejos de decidir de forma dicotómica e imponer una solución, adoptan un enfoque más dialógico. Es así que, tanto en sustancia como en estilo, a menudo las Cortes han evitado el paradigma basado en derechos/violación por parte del Estado/soluciones dicotómicas: no se han limitado a ordenar la provisión de un medicamento o un servicio médico, sino que han desplazado el modelo de comando y control, convirtiéndose en parte integral de aquellos proyectos de cambio social que recurren a los derechos como parte de los recursos políticos disponibles”. Véase Brinks, D. y Gauri, V., “Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud”, en Gargarella, R. (coord.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, pp. 295 y 304.

nes del Código Federal de Procedimientos Civiles. Por su parte, el artículo 79 de este código dispone que para conocer la verdad puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos; además de establecer en su segundo párrafo que los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formular su convicción respecto del contenido de la litis, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones en materia de prueba, establecidas en relación con las partes.

Además, en el Acuerdo se recuerda que el artículo 80 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que los tribunales podrán decretar, en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos, en la inteligencia de que en la práctica de esas diligencias obrarán como lo estimen procedente para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos de las partes y procurando su igualdad.

Por último, en el Acuerdo se invocó también el artículo 6o. constitucional, que establece que el derecho a la información será garantizado por el Estado, en tanto que el artículo 1o. de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental precisa que la citada ley tiene por objeto garantizar el acceso a toda persona a información en posesión de los poderes de la Unión, los órganos constitucionales con autonomía legal y cualquier otra entidad federal.

Con base en estas disposiciones, la SCJN consideró que ella tiene la atribución de fijar las audiencias que sean necesarias a efecto de atender a los distintos sectores que estén interesados en exponer sus posturas en los temas vinculados con asuntos de la competencia del tribunal pleno, “tratándose de asuntos de gran entidad y trascendencia para la sociedad mexicana”, mismas que deben practicarse de manera programada, pública y conforme a los siguientes lineamientos definidos por el referido Acuerdo, a saber:

PRIMERO. Las asociaciones o agrupaciones, al igual que los particulares, que deseen exponer sus puntos de vista en relación con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional, y siempre que

así lo acuerde el Tribunal Pleno, serán atendidos en audiencia pública por el Ministro Presidente y por los señores Ministros que decidan asistir. En todo caso se dará prioridad a quienes ostenten una representación colectiva.

SEGUNDO. Las audiencias se realizarán conforme a la disponibilidad de agenda del Ministro Presidente, los días viernes, iniciando a las diez horas con treinta minutos y terminando a las trece horas con treinta minutos. Los días serán dados a conocer anticipadamente a los interesados, y al público en general través del Canal Judicial.

TERCERO. Las audiencias se llevarán a cabo previamente a que el proyecto sea dado a conocer, en el salón del Tribunal Pleno de la sede alterna de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ubicado en la avenida Revolución 1508, planta baja, colonia Guadalupe Inn, Delegación Álvaro Obregón, Código Postal 01020, México, Distrito Federal. El Ministro Presidente podrá designar un lugar distinto, notificándolo a los interesados.

CUARTO. El día fijado para la celebración de las audiencias, se escuchará primero a quienes formulen sus exposiciones respecto de la constitucionalidad de las normas impugnadas; y después a quienes aduzcan la inconstitucionalidad de las mismas.

QUINTO. Las participaciones se programarán en el orden en que hayan sido solicitadas, distribuyéndose el tiempo entre los asistentes inscritos para el día correspondiente, con una duración máxima de diez minutos de exposición. Los Ministros podrán formular preguntas a los participantes, las que serán contestadas conjuntamente en un turno máximo de cinco minutos. La solicitud para comparecer a la audiencia, conlleva la autorización para que sea videograbada, para consultas posteriores por parte de los señores Ministros. Por ningún motivo se podrá comparecer por segunda ocasión.

SEXTO. En todos los casos los comparecientes podrán entregar la versión escrita de su exposición o de los comentarios adicionales que estimen pertinentes.

SÉPTIMO. Los presentes lineamientos serán difundidos mediante un Boletín de Prensa, el Canal Judicial y el portal de Internet de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

OCTAVO. Corresponderá al Ministro Presidente resolver cualquier controversia que pudiera surgir con motivo de la aplicación de estos lineamientos, quien de estimarlo procedente lo comunicará al Tribunal Pleno para los efectos a que haya lugar.

La única reseña sobre la celebración de audiencias públicas ante la SCJN que hemos podido encontrar se refiere a las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada, que se interpusieron por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) y la entonces Procuraduría General de la República (PGR) en contra de las modificaciones al Código



Penal del entonces Distrito Federal, por las cuales se permitió la interrupción anticipada del embarazo.<sup>540</sup> Fue así como por medio del acuerdo del presidente de la SCJN del 31 de marzo de 2008, se establecieron las fechas para la celebración de las audiencias públicas. En el Acuerdo se consideró que las acciones de inconstitucionalidad respecto de la despenalización del aborto constituían un tema relevante, de interés jurídico y de importancia nacional, de modo que era procedente determinar audiencias públicas en términos del acuerdo general 2/2008. Asimismo, se consideró que la utilidad de las audiencias no era sólo con fines jurisdiccionales, sino con fines de garantía del derecho a la información, y que las participaciones ciudadanas serían de manera “pública, oral, transparente y directa”, además de equilibradas en cuanto al número de participantes tanto a favor como en contra de la despenalización, y se dispuso que se tendría que pedir la participación por medio de una solicitud por escrito.

Como lo reseña Arturo Sotelo, este litigio constitucional sobre la interrupción anticipada del embarazo se llevó a cabo en seis sesiones públicas entre los ministros, además de realizarse seis audiencias ciudadanas, que durante dieciocho horas recibieron las participaciones de ochenta expositores. Asimismo, explica el referido autor que se abrió un micrositio en la página electrónica de la SCJN, mediante el cual se difundieron los vídeos de las audiencias públicas de participación ciudadana y las sesiones del pleno de la Corte y se informó de cada uno de los documentos generados, así como material complementario y un espacio para hacer llegar comentarios vía electrónica a través de un blog.<sup>541</sup>

## 2. *Las audiencias públicas ante la Corte Suprema de Justicia en Argentina*

A través de la Acordada 30 /2007, la Corte Suprema de Argentina ha regulado las audiencias públicas, considerando que “para elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República”, es “apropiado al mejor logro de estos altos objetivos comenzar a llevar a cabo audiencias de carácter público, que serán convocadas en ciertas causas que tramitan ante esta Corte”. Asimismo, en la Acordada, la Corte considera que

<sup>540</sup> Sotelo Gutiérrez, Arturo, *Audiencias públicas ciudadanas: acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y 147/2007*, México, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, pp. 14-16.

<sup>541</sup> *Idem.*

...la participación ciudadana en actos de esa naturaleza y la difusión pública del modo en que esta Corte conoce de los asuntos en que, con carácter primordial, ha de ejercer la jurisdicción más eminente que le confiere la Constitución Nacional, permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal.

Las reglas para la convocatoria de audiencias públicas ante la Corte Suprema de Argentina son las siguientes:

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación convocará a audiencias públicas cuando lo dispongan al menos tres jueces.
2. Las audiencias serán de tres tipos: I) informativa: tendrá por objeto escuchar e interrogar a las partes sobre aspectos del caso a decidir; II) conciliatoria: tendrá por objeto instar a las partes en la búsqueda de soluciones no adversariales; III) ordenatoria: tendrá por objeto tomar las medidas que permitan encauzar el procedimiento a fin de mejorar la tramitación de la causa.
3. La finalidad de la audiencia (informativa, conciliatoria, ordenatoria) será especificada en el acto de su convocatoria.
4. La Corte fijará un calendario semestral, el que será publicado por los medios que el tribunal considere convenientes.
5. Las audiencias serán públicas. Para la asistencia, se otorgará prioridad a las partes y a quienes ellas designen hasta una cantidad máxima que fije el tribunal, según sea necesario en cada caso. Podrá asistir el público en general, hasta el número de personas que fije el tribunal según la disponibilidad de espacio que exista en cada asunto.
6. En las audiencias informativas, cada parte podrá designar un abogado para que haga un alegato cuya duración no podrá exceder de veinte minutos. El abogado deberá presentar un resumen escrito de su exposición con cuarenta y ocho horas de anticipación. Los amigos del tribunal podrán ser citados para que presenten alegatos orales.
7. Para las audiencias conciliatorias cada parte deberá llevar a cabo un resumen por escrito de sus pretensiones y defensas actualizadas al momento de la celebración de la audiencia, que será presentado con cuarenta y ocho horas de anticipación.
8. En las audiencias ordenatorias, cada parte deberá presentar por escrito un resumen de su opinión sobre los puntos establecidos por el tribunal en el acto de la convocatoria, a los fines de ordenar el procedimiento.

9. Los jueces interrogarán libremente a los abogados sin que ello implique prejuzgamiento.
10. El tribunal decidirá en cada caso la participación en las audiencias de los representantes del Ministerio Público Fiscal y de la Defensa por ante esta Corte.
11. Las audiencias serán filmadas y grabadas; ello es suficiente medio de prueba, sin perjuicio de que se realice una transcripción taquigráfica. Las actas de las audiencias serán públicas y accesibles.

Abramovich hace un balance positivo respecto de las audiencias públicas ante la Corte Suprema en Argentina. Resalta aspectos como la visibilidad de los casos y del propio tribunal, lo que permite un escrutinio público. Asimismo, refiere este autor que las audiencias públicas han conformado un ámbito vibrante de participación social, al movilizar a los protagonistas del caso, así como a los diversos sectores sociales interesados de manera directa o indirecta en el conflicto. Por otra parte —nos dice el referido autor— en algunas situaciones, las audiencias han favorecido el posicionamiento abierto y público sobre las cuestiones discutidas, por diversos actores sociales, que sin la publicidad y la información hubieran permanecido muchas veces ajenos al debate, con lo cual se ha multiplicado y amplificado la discusión, llevándola más allá del palacio de la Corte Suprema. Por último, Abramovich sostiene que las audiencias han obligado a las autoridades a explicar la razonabilidad de ciertos programas, y han expuesto en ocasiones la falta de diagnósticos y la debilidad técnica de algunas propuestas y estrategias planteadas.<sup>542</sup>

Benedetti y Sáenz han señalado como uno de los problemas de las audiencias públicas ante la Corte Suprema argentina el de la discrecionalidad, que aparece en distintos grados y formas desde la selección de las causas, la habilitación de participantes, hasta la consideración del material de las audiencias en las decisiones del tribunal. Para estos autores:

En el caso argentino, la Corte Suprema se arroga la posibilidad de ignorar o prescindir total o parcialmente el debate oral y público de las respectivas audiencias —o bien seleccionar tramos dejando fuera otros—, entendiéndose que no se encuentra limitada por los argumentos vertidos oralmente ni tampoco obligada a justificar las omisiones o selectividad. Esa fuerte discrecionalidad es cuestionable tanto por razones de corte procesal constitucional como tam-

---

<sup>542</sup> Abramovich, Víctor, “La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema”, *Pensar en Derecho*, año 2, núm. 3, 2013, pp. 21 y 22.

bién en relación a la legitimidad de las sentencias en el marco de sociedades democráticas.<sup>543</sup>

En particular, estos autores critican el hecho de que en sus sentencias, la Corte Suprema de Argentina prescinda total o parcialmente de las argumentaciones vertidas en las audiencias sin dar razón plausible para ello. Hacer lo contrario —sostienen— podría ayudar a que la ciudadanía se reconociera en las sentencias, lo que a su vez podría contribuir a fortalecer la legitimidad de las decisiones judiciales.<sup>544</sup>

Al comparar la regulación de México y Argentina sobre las audiencias públicas ante los más altos tribunales de ambos países, resaltan las siguientes diferencias:

- A) Sin estar enteramente claro, al parecer la celebración de dichas audiencias en la Corte mexicana depende del ministro presidente, en tanto que en la Corte argentina se requiere de la voluntad de al menos tres de sus jueces.
- B) En la Corte mexicana, la finalidad de las audiencias es informativa, mientras que en la Corte argentina las audiencias pueden tener tres finalidades: informativa, conciliadora u ordenadora.
- C) En Argentina, las audiencias son indubitablemente públicas; en México no se hace mención explícita acerca del carácter público de las audiencias.
- D) En Argentina, quien presenta alegatos tiene un máximo de veinte minutos para hacerlo; en México, la exposición de quien participa en una audiencia tiene un máximo de diez minutos.

En ambos casos, el tema de la discrecionalidad puede ser un punto a atender, pensando en mejorar la regulación de las audiencias públicas ante los más altos tribunales de los dos países, en particular en lo que tiene que ver con hacer algún tipo de consideración y ponderación en las sentencias respecto de los argumentos vertidos por quienes participaron en las audiencias.

## V. BREVE REFLEXIÓN FINAL

Figuras como el *amicus curiae* y las audiencias públicas se justifican —como sostiene Baquerizo—, porque en el litigio constitucional no sólo existen con-

<sup>543</sup> Benedetti y Sáenz, *op. cit.*, p. 121.

<sup>544</sup> *Idem.*

flictos normativos que se encuentren exclusivamente sujetos a la relación de las normas positivas que fueren determinables, sino que siempre hay conflictos sociales y culturales más profundos. En particular, en los “litigios estructurales”, en los “casos complejos”, el dictado de sentencias requiere de complicados procesos de información y razonamiento “en los que inciden no sólo problemas de determinación fáctica o hermenéutica (derivados de la búsqueda de la norma o normas aplicables y de la especificación de su significado) sino, muy especialmente, factores contextuales de índole social, político e ideológico”.<sup>545</sup>

Además de lo anterior, hay un tema de justicia procedimental que representa una justificación del empleo de figuras como el *amicus curiae* y las audiencias públicas. Como afirma Tyler, la manera en que la gente y sus problemas son tratados cuando acuden a los tribunales tiene más influencia que el resultado de la correspondiente decisión judicial que resuelve la disputa. Para este autor, la justicia procedimental tiene un impacto en la aceptación de la decisión judicial por las partes (en lo inmediato y a lo largo del tiempo). Influye en la manera que la gente evalúa a los jueces y a otras personas que forman parte del personal de los tribunales, así como al sistema de justicia, e incluso al sistema jurídico.<sup>546</sup> Parte de la justicia procedimental es lo que este autor identifica con el término “voz”: la gente quiere tener la oportunidad de decir su versión de los asuntos que conocen los tribunales en sus propias palabras antes de que se resuelva una disputa. Esto tiene un efecto positivo en las personas en la experiencia que tienen con el sistema jurídico independientemente del resultado, siempre y cuando sientan que la autoridad considera sinceramente sus argumentos antes de tomar la decisión.<sup>547</sup>

Terminamos este capítulo con una cita de Geraldina González de la Vega, que nos parece sumamente adecuada para resumir el argumento que en estas páginas hemos desarrollado:

Pensar en un plano de control jurisdiccional dialógico lleva a involucrar a distintos actores por distintos medios en la arena judicial, haciendo posible un ideal de democracia deliberativa. Mucho se ha criticado el papel contramayoritario de las cortes capaces de invalidar normas contrarias a la Constitución, sobre todo con respecto al mito de la “última palabra”. Cuando esa “última palabra” se pronuncia después de una deliberación plural, esto

<sup>545</sup> Baquerizo, *op. cit.*, pp. 23 y 24.

<sup>546</sup> Tyler, Tom R., “Procedural Justice and the Courts”, *Court Review*, vol. 44, núms. 1-2, 2007, p. 26.

<sup>547</sup> *Ibidem*, pp. 30 y 31.

es, cuando varios actores se involucran en la deliberación, el resultado —o para hablar claro— la sentencia poseerá mayor legitimidad, pues la resolución fue parte de una conversación y no, como se ha criticado por los defensores de la posición contramayoritaria, una imposición de parte de una élite no electa.<sup>548</sup>

---

<sup>548</sup> González de la Vega, *op. cit.*, pp. 63 y 64.