

Participación ciudadana y función judicial: hacia la regulación del *amicus curiae* en México

Citizen participation and judicial function: towards the regulation of the amicus curiae in Mexico

José Ma. Serna de la Garza

 <https://orcid.org/0000-0002-6308-7591>

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: josemar@unam.mx

Recepción: 23 de junio de 2023

Aceptación: 15 de noviembre de 2023

Publicación: 27 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19086>

RESUMEN: El autor revisa, en primer lugar, diversas propuestas, como teorías normativas, que pretenden dar respuesta a algunos aspectos problemáticos derivados de la objeción o dificultad contramayoritaria. En segundo lugar, el autor explica cómo es que algunos tribunales constitucionales han dado pasos en el sentido de desarrollar estrategias y mecanismos de legitimación, abriendo espacios de participación ciudadana en el ejercicio de sus funciones. En tercer lugar, se examina con detalle uno de esos mecanismos, como lo es la figura denominada *amicus curiae*. En cuarto lugar, se analiza cómo esta figura no está regulada en México y se examina su regulación en Argentina y en los Estados Unidos. Finalmente, el autor desarrolla unas breves reflexiones, a manera de conclusión.

Palabras clave: *amicus curiae*, participación ciudadana, objeción contramayoritaria

ABSTRACT: The author reviews several normative theories that to respond to some problematic aspects derived from the counter-majoritarian objection. Secondly, the author explains how some constitutional courts have taken steps in the direction of developing legitimization strategies and mechanisms, opening spaces for citizen participation in the exercise of their functions. Thirdly, one of these mechanisms is examined in detail, such as the institution called *amicus curiae*. Fourthly, the essay examines how the *amicus curiae* is not regulated in Mexico, examines its regulation in Argentina and in the USA. Finally, the author develops some brief reflections, as a conclusion.

Keywords: *amicus curiae*, citizen participation, counter-majority objection

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Teoría constitucional y participación ciudadana en los tribunales constitucionales*. III. *Estrategias y mecanismos de legitimación de los tribunales constitucionales*. IV. *El Amicus curiae o “Amigo del Tribunal”*. V. *El amicus curiae en México*. VI. *Breves reflexiones finales*. VII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN¹

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 este artículo abordamos brevemente este debate, 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.

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 (2020, pp. 131-132) 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.² Otros afirman el déficit democrático del control judicial de constitucionalidad y sostienen que éste no se justifica.³ Finalmente, otros reconocen la dificultad contramayoritaria, pero sostienen que el control jurisdiccional de constitucionalidad se justifica dado que mejora la calidad del proceso democrático.⁴

¹ El presente artículo forma parte de una investigación más amplia, que tiene que ver con el estudio de diversos mecanismos de participación de la sociedad civil en los procesos decisionales del Estado.

² Esta postura se identifica con lo que Lopera Mesa (2001, p. 242) ha denominado la “Línea argumental Hamilton-Marshall”.

³ En esta línea están Jeremy Waldron (2006) y Mark Tushnet (1999).

⁴ Así lo sostiene John Ely (1980), quien piensa que la *judicial review* se justifica en cuanto garantiza el acceso de las minorías al proceso democrático.

En el presente ensayo nos proponemos, en primer lugar, revisar 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” (II). En segundo lugar, explicaremos cómo es que en razón de lo anterior, algunos tribunales constitucionales han dado pasos en el sentido de desarrollar estrategias y mecanismos de legitimación, abriendo espacios de participación ciudadana en el ejercicio de sus funciones (III). En tercer lugar, examinaremos con detalle uno de esos mecanismos, como lo es la figura denominada *amicus curiae* o *Amigo del Tribunal* (IV). En cuarto lugar, analizaremos cómo esta figura está deficientemente regulada en México (V). Finalmente, desarrollaremos unas breves reflexiones finales, a manera de conclusión (VI).

La hipótesis central de nuestro trabajo consistiría en afirmar que ante la llamada crisis de la democracia representativa, recuperar la funcionalidad comunicativa y de legitimación del Estado constitucional y democrático requiere de reformas institucionales que permitan la participación ciudadana y el acceso de las demandas sociales en sus procesos de decisión, en sede parlamentaria, administrativa y judicial, con capacidad de afectar el contenido de las decisiones públicas. En específico, la participación ciudadana en algunas áreas o aspectos de la función judicial puede darse a través de diversos mecanismos regulados por el derecho constitucional, así como por leyes y acuerdos relativos al funcionamiento de los tribunales. Enfocados en la justicia constitucional, sostenemos que son dos los mecanismos por los que puede darse dicha participación: la figura del *amicus curiae* y las audiencias públicas ante los tribunales constitucionales. El presente ensayo explora el significado y la normativa sobre la primera de estas dos instituciones.

II. TEORÍA CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Como ya mencionamos, en la teoría constitucional contemporánea pueden encontrarse tres propuestas que pretenden dar una respuesta a la objeción contramayoritaria: el constitucionalismo dialógico, el constitucionalismo popular y la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”. A continuación examinaremos los elementos principales de cada una de estas propuestas.

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 a cooperar con los legisladores para que estos mejoren lo que han hecho? (estas preguntas se refieren al *diseño institucional*).⁵

La respuesta básica que a estas preguntas da la postura, identificada con la expresión del denominado “giro dialógico” del constitucionalismo,⁶ 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.

En esencia, el constitucionalismo dialógico propone que la interpretación constitucional no debe ser exclusiva de los jueces constitucionales, sino

⁵ Preguntas planteadas en Gargarella y Bergallo (2014, pp. 9-10).

⁶ La noción del giro dialógico en el constitucionalismo es empleada por Arolina Ovarés Sánchez (2021, pp. 215-240).

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.⁷

Ahora bien, en este marco general, se ha desarrollado el concepto de justicia dialógica, el cual se caracteriza por decisiones que buscan propiciar escenarios de diálogo entre distintos actores implicados en un caso para buscar soluciones factibles a problemas complejos,⁸ entendiendo por estos 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, e 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 los demandantes del caso concreto).⁹

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la Corte Constitucional colombiana (bajo un esquema de control de constitucionalidad “fuerte”),¹⁰

⁷ En esta línea, Córdova (2016, p. 254) 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.

⁸ 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 (2021, pp. 133-135).

⁹ Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010, p. 16).

¹⁰ 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

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).¹¹

En palabras de Córdova:

Lo que pretendería la justicia dialógica es que las cuestiones resolutorias sobre los derechos y sus interpretaciones requieran siempre de discusiones inclusivas 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. (Córdova, 2017, pp. 3-4)

2. *El constitucionalismo popular*

Otra respuesta teórica vinculada con la objeción contramayoritaria puede encontrarse en el denominado constitucionalismo popular, enfoque surgido en los Estados Unidos como una reacción de parte de la academia y del

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. Véase Waldron (2006, pp. 1354-1355).

¹¹ Véase Cano (2021, pp. 134-135).

foro en contra del sesgo conservador de la “Corte Renquist”.¹² 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. (Niembro, 2013, pp. 194-196)¹³

Por su parte, Jaime Cárdenas (2019, pp. 20-21) 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 co-

¹² Véase Larry Kramer 2004, p. 960). En el mismo sentido se pronuncia, Niembro (2013, p. 193) 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.”

¹³ 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 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 en los ciudadanos para argumentar sobre cuestiones constitucionales. Las citas son de: Tushnet (1999); Kramer (2004); y Kramer (2005). 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.

lectivas, pues la legitimidad democrática de las mismas depende del grado de participación de las personas en ellas.

Larry Kramer (2004, p. 959), uno de los principales impulsores de la perspectiva teórica del constitucionalismo popular, señala que el derecho constitucional en los Estados Unidos ha consistido, prácticamente desde el principio, en 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 propone revertir este proceso y regresar a los orígenes, es decir, al constitucionalismo popular.

Lo afirmado por Kramer y Niembro se conecta con lo que Gargarella (2021, p. 16) 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.

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 (2008, pp. 29-31), 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 sistémica 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.

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. (Häberle, 2008, pp. 29-31)

En esencia, Häberle (2008, pp. 31-32) 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.

Aparte de los intérpretes estatales de la Constitución (órganos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial), Häberle (2008, p. 37) 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.

III. 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” 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.¹⁴

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 los tribunales constitucionales 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,¹⁵ sino que en muchos casos dichos 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.

Refiriéndose a la experiencia de Argentina, Nosetto (2018, pp. 8-10) 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 mecanismo de canalización de las demandas sociales, atendiendo a prácticas de activismo y movilización legal promovidas por organizaciones de la sociedad civil; *b)* el debate público se ha tornado crecientemente judicial; *c)* la creciente y novedosa judicialización del pro-

¹⁴ Véase Sosa (2019, pp. 439-440).

¹⁵ Esta es la famosa expresión empleada por Alexander Hamilton en *El Federalista* (No. 78).

ceso 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.

Abonando a lo anterior, Sosa (2019, pp. 442-443) 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 solo esto, sino que además el contenido especial de las Constituciones “rematerializadas”¹⁶ favorece a que, finalmente, termine llegando a las manos de los tribunales constitucionales todas las «papas calientes» que existen en una comunidad política.

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, nos dice Sosa (2019, pp. 440-441): “[...] los tribunales o cortes constitucionales promueven un debate colectivo de las cuestiones de interés público, de manera abierta, plural e incluyente”, 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, observa Nosetto (2018, pp. 2-3), es aquella en la que intervienen en condiciones de igualdad todos los potenciales afectados. Esto corresponde con lo que algunos han denominado *activismo judicial dialógico*,¹⁷ el cual se diferencia del “activismo judicial clásico” de carácter más bien “monológico”, que es impermeable

¹⁶ 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 (2007, pp. 213 y ss); Cárdenas Gracia (2017, p. 76).

¹⁷ Ver Vargas (2020, pp. 1-22).

a las voces de los actores sociales y políticos e institucionales relevantes, y que plantea respuestas verticales o puramente impositivas para los casos.¹⁸

Como han observado Busch y Szmulewicz (2020, p. 135), 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 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.

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 inter-

¹⁸ Sobre el activismo judicial, conviene citar la siguiente advertencia de Sosa (2019, pp. 443-446): “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 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.

vienen quienes mejor conocen la materia que se discute, ayuda a evitar sesgos y errores de todo tipo). (Sosa, p. 445)

La siguiente sección del presente ensayo se dedicará al análisis de la figura conocida como *amicus curiae* o “Amigo del Tribunal”.

IV. EL *AMICUS CURIAE* O “AMIGO DEL TRIBUNAL”

Mônia Hennig (2020, p. 284) 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.

Como ya vimos en la primera sección del presente ensayo, 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 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”).¹⁹

¹⁹ Lo que Häberle denomina *status activus processualis*. Además, esta idea corresponde

Para Hennig (2020, pp. 286-290), 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 interpretación: la cuestión de quiénes interpretan, quiénes son los sujetos, los participantes en el proceso de interpretación, así como su respectiva praxis.²⁰ 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. (Hennig, 2020, p. 292)

Asimismo, y siguiendo a Häberle, la autora (Hennig, 2020, p. 292) distingue entre interpretación técnica o jurídica e interpretación democratizada. La primera corresponde a la jurisdicción constitucional (la cual se basa en el lenguaje, 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.

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 (2009, p. 135) 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 fun-

con lo que Hennig denomina la pluralización y democratización de los contenidos constitucionales. *Ibid.*, pp. 286-288.

²⁰ 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).

dada que puede resultar relevante para la resolución de un litigio en el que se debatan cuestiones socialmente sensibles. 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 siguiente), no procede en todo tipo de asuntos, sino solamente en relación con “cuestiones socialmente sensibles”, “casos difíciles”, “casos complejos”,²¹ “causas de trascendencia general”,²² o bien “litigios de interés público”.²³ 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* 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.²⁴

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

²¹ Benedetti y Sáenz (2018, pp. 103-104) nos recuerdan que: “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 arrogan la última palabra”.

²² Defensoría del Pueblo (2009, pp. 39-40).

²³ Ucin (2022, p. 80) 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.

²⁴ Defensoría del Pueblo (2009, p. 18).

de las decisiones. Al hacer esto, dice Collins (2008, pp. 26-27), los *amici* desempeñan una función similar a la de los cabilderos ante la legislatura.²⁵

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. (Abregú y Courtis, 1997, p. 388)

Por otra parte, 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”.²⁶

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 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).²⁷ Por otro lado, tampoco representa una limitación del derecho de defensa de alguna de las partes porque las opiniones del *ami-*

²⁵ Collins Paul M. Jr., *Friends of the Supreme Court, Interest Groups and Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2008, pp. 26-27.

²⁶ Véase Busch y Szmulewicz (2020, p. 141).

²⁷ “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, 2009, pp. 39-40).

cus 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”.²⁸ Por último, nos recuerda Bazán (2009, p. 135), 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.

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.²⁹

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 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”.³⁰

Otro aspecto polémico que ha provocado discusión en la doctrina, se encuentra en la opinión sostenida por algunos,³¹ 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*). Es decir, según esta visión, quien actúa como *amicus*

²⁸ Véase Defensoría del Pueblo (2009, pp. 39-40).

²⁹ Véase Borda (2011, pp. 177-178).

³⁰ Véase Baquerizo (2006, pp. 9-10 y 19).

³¹ Por ejemplo Samuel Krislov (1963, pp. 694-721).

curiae en la actualidad, es un actor con interés de apoyar a alguna de las partes para defender sus intereses.³² 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:

Cuando 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. (González de la Vega, 2017, p. 51)

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 el siguiente apartado del presente ensayo.

V. EL *AMICUS CURIAE* EN MÉXICO

La figura del *amicus curiae* no está prevista ni regulada en México.³³ Geraldina González de la Vega (2017, p. 65) reporta que en relación con el litigio

³² Ucin (2022, p. 81), 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.

³³ El “Acuerdo General número 10/2007 de tres de mayo de dos mil siete, 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.

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 referida autora, se buscó apoyar normativamente 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 (2017, pp. 51-52) cómo es que actores de la sociedad civil acudieron el 28 de junio de 2010 a la ponencia del ministro Sergio Valls, quien fuera 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:

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. (González de la Vega, 2017, pp. 51-52)

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. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006)

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:

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 ninguna cláusula o principio constitucional comprometido o lesionado con la introducción del *amicus curiae* en el proceso, aun sin consagración legal expresa. (Baquerizo, 2006, p. 12)³⁴

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, 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.

³⁴ En el mismo sentido se expresa Bazán (2005, p. 49).

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.³⁵

Ahora bien, para efectos de contraste y con el objetivo de tener puntos de referencia, nos referiremos a continuación a algunos aspectos relativos a la regulación de la figura del *amicus curiae* en Argentina y en los Estados Unidos de América.

1. *El amicus curiae en Argentina*

A través de la Acordada núm. 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 dicha 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 dicha Corte consideró apropiado

³⁵ Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 54, Mayo de 2018, Tomo 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.

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, mismo que dispone lo siguiente:

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 art. 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 1).

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 2).

Si la Corte Suprema considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente (artículo 3).

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 4).

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 5).³⁶

2. *El amicus curiae en los 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*)³⁷ establece la normativa relativa a la presentación de *amicus 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 1 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 "consentimiento 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.

³⁶ 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.

³⁷ Adoptadas el 18 de abril de 2019 y en vigor a partir del 1 de julio de 2019.

- 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 varía según la etapa del procedimiento en el que se presentan); la manera de expresar quienes presentan el documento respectivo; la manera de notificar a todas las partes sobre la presentación de un *amici 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) sección con el resumen del argumento; c) sección que contiene el argumento, y d) sección de conclusiones.

Cabe señalar que a pesar de que, como sostienen Caldeira y Wright, los *amici curiae* en los Estados Unidos tienden a hablar con un acento correspondiente a las “clases altas”, en realidad la Corte Suprema de dicho país se encuentra muy abierta para recibir opiniones provenientes de la sociedad civil a través de este tipo de figura.³⁸

3. *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.

³⁸ “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.” Ver 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, no. 3, 1990, p. 797.

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,³⁹ 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 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*.

La normativa que regula al *amicus curiae* vigente en Argentina y en los Estados Unidos, así como la correspondiente a la Corte IDH pudiera servir de ejemplo o modelo para diseñar la regulación más adecuada y pertinente a las condiciones y las características de la justicia constitucional en México.

VI. BREVES REFLEXIONES FINALES

Regular de manera adecuada la figura del *amicus curiae* puede dar lugar a una democratización del acceso a la justicia, si bien debemos reconocer

³⁹ Artículo 28.1 del Reglamento de la Corte IDH: “1. Todos los escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente, vía courier, facsímile, 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”.

que esto implicaría poner en entredicho las tradicionales reglas de la jurisdicción y del proceso.⁴⁰ Como ha afirmado Ucin (2022, pp. 78 y 81), 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”. 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”.

Terminamos este ensayo 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 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. (González de la Vega, 2017, pp. 63-64)

VII. REFERENCIAS

Acuerdo General número 10/2007 de tres de mayo de dos mil siete, 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.

Abregú, M. y Courtis, C. (1997). Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino En M. Abregú, y C. Courtis (Comps.), *La*

⁴⁰ Así lo ha sugerido Baquerizo (2006, p. 20).

- aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).
- Baquerizo Minuche, J. (2006). El *amicus curiae*: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas. *Revista Jurídica*, (21).
- Bazán, V. (2005). El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones Constitucionales*, (12).
- Bazán, V. (2009). ¿De qué hablamos cuando hablamos de *amicus curiae*? *Revista de Derecho Público*, (71).
- Benedetti, M. A. y Sáenz, M. J. (2018). 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*, (15).
- Borda, G. J. (2011). El *Amicus Curiae*. *Signos Universitarios*, 30(46) .
- Busch Venthur, T. y Szmulewicz Ramírez, E. (2020). Deliberación, Legitimidad y Organización Interna de los Tribunales Constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (54), .
- Caldeira, G. A. y Wright, J. R. (1990). Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?. *The Journal of Politics*, 53(3).
- Cano Blandón, L. F. (2021). Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (49).
- Cárdenas Gracia, J., Hernández Cervantes, A., y Niembro Ortega, R. (2019). *Teorías críticas y Derecho Mexicano*. Tirant lo Blanch.
- Cárdenas Gracia, J. (2017). *La Constitución de la Ciudad de México. Análisis Crítico*, Senado de la República; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Collins Paul M. Jr. (2008). *Friends of the Supreme Court, Interest Groups and Judicial Decision Making*, Oxford University Press.
- Córdova Vinueza, P. (2016). Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, XXII*.
- Córdova Vinueza, P. (2017). Justicia Dialógica y Cortes Deliberativas con la Ciudadanía. Ponencia presentada en el Congreso REDIPAL Virtual X, Red de Investigadores Parlamentarios en Línea Marzo-septiembre.

- Defensoría del Pueblo (2009). *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve?*. Serie Documentos Defensoriales, Documento No. 8, Defensoría del Pueblo.
- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust*. Harvard University Press.
- Gargarella, R. y Bergallo, P. Presentación. En R. Gargarella (Comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2021). Justicia y Democracia: Dos siglos de inacabada discusión (Con coda pensando en Chile). *Latin American Legal Studies*, 9.
- González de la Vega, G. (2017). *Amicus Curiae*. Reflexiones sobre la participación de la sociedad civil en la definición de los derechos. En A. Sotelo Gutiérrez (Coord.), *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Häberle, P. (2008). 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(11).
- Hamilton, A., *El Federalista* (No. 78).
- Hennig Leal, M. C. (2020). 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*, 8(1).
- Kramer, L. (2004). Popular Constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, 92(4), .
- Kramer, L. (2005). Undercover Anti-Populism, *Fordham Law Review*, 73.
- Krislov, S., “The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy”, *Yale Law Journal*, vol. 72, 1963.
- Lopera Mesa, G. P. (2001). La Problemática Legitimidad de la Justicia Constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (5).
- Niembro, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía*, (38).
- Nosetto, L. (2018). Nosotros 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*, 20.
- Ovares Sánchez, A. (2021). El constitucionalismo dialógico, la consulta legislativa previa y el caso de Costa Rica. *Revista Derecho del Estado*, (49).

- Prieto Sanchís, L. (2007). El constitucionalismo de los derechos. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, Trotta.
- Sosa Sacio, Juan Manuel (2019). Justicia Constitucional Dialógica: Algunos Mecanismos o Estrategias que favorecen la legitimación democrática de los Tribunales Constitucionales. *Anuario de Investigación del CICAJ 2018-2019*.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2006). *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1999.
- 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, no. 1, enero-abril 2022.
- Vargas Murillo, A. R. (2020). Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad, *Revista de la Facultad de Derecho*, (49).
- Waldron, J. (2006), “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal*, 115.



Cómo citar

Sistema IJ

Serna de la Garza, José Ma., “Participación ciudadana y función judicial: hacia la regulación del *amicus curiae* en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19086. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19086>

APA

Serna de la Garza, J. M. (2024). Participación ciudadana y función judicial: hacia la regulación del *amicus curiae* en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19086. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19086>