

AMICUS CURIAE: UNA INSTITUCIÓN, MIL USOS, NINGUNA DEFINICIÓN⁽¹⁾

AMICUS CURIAE: ONE INSTITUTION, NO DEFINITIONS, LOTS OF USES

BENEDETTA BARBISAN

Profesora Titular de la Università Degli Studi Di Macerata

SUMARIO

- I. LA INSTITUCIÓN DEL «AMICUS CURIAE» EN LA HISTORIA ENTRE TRADICIONES ANTIGUAS Y EVOLUCIONES MODERNAS.
- II. EL AMICUS CURIAE EN LA EXPERIENCIA DE ESTADOS UNIDOS: «FRIENDS OF THE COURT» OR «FRIENDS OF THE PARTY»?.
- III. LA FIGURA DEL «AMICUS CURIAE» EN LA ERA DE LA ONGIZACIÓN DE LA SOCIEDAD.

Resumen: El presente trabajo explora los orígenes históricos de la institución del *amicus curiae* en el derecho anglosajón, como herramienta de asistencia en la función de dictar la mejor justicia posible, y su evolución en el marco del derecho estadounidense que, a partir de las experiencias de las ONG y otras entidades sin ánimo de lucro, la aproxima más a una herramienta cercana a una de las partes en conflicto.

Abstract: This paper explores the historical origins of the institution of *amicus curiae* in English common law, as a tool for assistance in the function of making justice, and its evolution within the framework of US law that, based on the experiences of NGOs and other non-profit entities, brings this institution closer to a party tool.

Palabras clave: *Amicus curiae*, *friend of the Court*, *brief*, derecho inglés, derecho norteamericano, ONG, Tribunales ingleses, Corte Suprema de Estados Unidos.

(1) En la traducción se ha respetado el uso del inglés hecho por la autora en la versión original en italiano, tanto en las citas como en las denominaciones oficiales que aparecen en el texto.

Keywords: *Amicus curiae*, friend of the Court, brief, English law, law of the U.S., ONG, English Courts, U.S. Supreme Court.

I. LA INSTITUCIÓN DEL «AMICUS CURIAE» EN LA HISTORIA ENTRE TRADICIONES ANTIGUAS Y EVOLUCIONES MODERNAS

Ya sea por encargo directo del Tribunal o por iniciativa propia, el *amicus curiae*, que proporciona a los jueces información para una correcta resolución de la controversia pendiente, es una figura típica del derecho inglés⁽²⁾, en cuyo seno nació en el siglo XV⁽³⁾, presente en la actualidad en varios ordenamientos de *common law* y, en menor medida, de derecho civil, aunque con diversas formulaciones. Incluso en Reino Unido, esta institución ha jugado durante décadas un papel totalmente residual, estando reservado el acceso a esta institución, raramente utilizado por lo demás, a unos pocos sujetos —el *Attorney General*⁽⁴⁾, la *Law Commission*⁽⁵⁾, la *Equality and Human Rights Commission*⁽⁶⁾,

(2) Si en los primeros tiempos el *amicus curiae* debía tener la condición de abogado, a partir de la ley 4 Hen.IV (1403) cualquiera podía intervenir en el proceso. La tradición quería que su papel fuera el de «instructing, warning, informing and moving the court» (W. E. BALDWIN, *John Bouvier's Law Dictionary: Baldwin's Century Edition*, New York, Banks Law Publishing Company, 1928, p. 69).

(3) La primera vez que el término *amicus curiae* aparece en el ordenamiento inglés es en Y.B. 4 Hen. VI. 16 (1426). En este sentido Note, *Amici curiae*, 34 *Harv. L.R.* 773 (1921), p. 774, nt. 15. «Any man can inform the court in the case so that the court will not render judgment on an insufficient record» (Y.B. 7 Ed. IV, 16 (1486)). Pero existen evidencias que se remontan al Siglo XIV, según las cuales ya se trataba de una práctica aceptada [Y.B. Hil. 26 Ed.III, 65 (1353)]. Véase igualmente E. R. BECKWITH e R. SOBERNHEIM, *Amicus Curiae - Minister of Justice*, en 17 *Fordham L. Rev.* 38 (1948).

(4) El *Attorney-General* se puede constituir como *amicus* en un proceso en el que el gobierno no sea parte, pero en cuya sentencia tenga interés la Corona por ser un precedente, o cuando el recurso haya planteado una cuestión de política pública sobre la que el poder ejecutivo pueda expresar consideraciones útiles. También puede ser invitado por el mismo tribunal en casos en los que, si no fuera así, los jueces no podrían escuchar todos los argumentos legalmente relevantes, como, por ejemplo, la representación de los niños no nacidos. En este sentido, puede recordarse el caso de los gemelos siameses, debatido ante la Court of Appeal en el mes de septiembre del 2000, en el que dos abogados fueron invitados por la propia Corte para valorar si la cirugía necesaria para separar a los dos gemelos podía implicar la comisión de un delito. El *Attorney-General* declaró que, desde el año 2000 al 2002, el número de encargos de este tipo que se asignaron fue siempre creciente -32, 32 y 36, respectivamente- (LORD GOLD-SMITH, *Friend of the court*, in *Counsel*, febrero de 2002, pp. 30-32, n. 4).

(5) La *Law Commission* es la agencia legislativa independiente creada por la *Law Commissions Act* 1965, con la finalidad de monitorizar la legislación de Inglaterra y Gales, y de recomendar las reformas legales que pudieran ser necesarias. La finalidad de la *Law Commission* es asegurar que la ley sea «fair, modern, simple, cost effective».

(6) La *Equality and Human Rights Commission* (EHRC) -que, en 2007, recogió la herencia de la *Commission for Racial Equality*, introducida por la *Race Relations Act* de 1976; de la *Equal Opportunities Commission*, creada por la *Sex Discrimination Act* de 1975; y de la *Disability Rights Commission*, aprobada por la *Disability Discrimination Act* de 1995, todas ellas, por lo demás, habilitadas para constituirse como *amicus curiae*- es un órgano independiente creado por la *Equality Act* de 2006 siguiendo los resultados del Libro blanco *Fairness for All: A New Commission for Equality and Human Rights*, cuya finalidad general era «to work towards the development of a society where equality and rights are rooted». Llamada a interceptar las instancias de igualdad antes de que se conviertan en recursos judiciales, su radio de acción incluye el

la *Law Society*⁽⁷⁾ y la *Motor Insurer's Bureau*⁽⁸⁾— en parte debido al carácter esencialmente oral del contencioso, que excluye la presentación de *brief*⁽⁹⁾. Sin embargo, en años recientes, la práctica de esta institución ha vivido un incremento considerable⁽¹⁰⁾, en parte gracias a la adopción del Human Rights Act de 1998, que «*had accelerated the rate of intervention, with «more people with more rights» seeking adjudication on polycentric issues and legal questions with a decidedly political hue*»⁽¹¹⁾.

Por el modo en que se ha manifestado a lo largo de la historia, son dos las figuras implicadas en la definición del *amicus curiae*: una es la que interviene en

contraste con la discriminación racial, sexual y las desigualdades por razón de edad, discapacidad, orientación sexual y por razones religiosas. Si bien técnicamente está operativa en los ordenamientos de Inglaterra y Gales, es una institución para los derechos humanos reconocida a nivel nacional.

(7) La *Law Society* representa y apoya a los abogados de Inglaterra y Gales, promoviendo el acceso a la justicia y facilitando las relaciones con los clientes. Fundada por la Royal Charter emitida en 1845 y repetidamente confirmada con posterioridad, su regulación se inspira en el *Solicitors Act* de 1974, el *Courts and Legal Service Act* de 1990, el *Access to Justice Act* de 1999 y el *Legal Service Act* 2007.

(8) La *Motor Insurer's Bureau* es la sociedad privada creada en 1946 que compensa a las víctimas de accidentes de tráfico causados por conductores sin seguro o que no son localizados.

(9) Sobre la inescrutable tradición de la argumentación oral en los tribunales ingleses y su cuestionable efectividad, especialmente si se compara con las costumbres estadounidenses de los *brief*, véase R. MARTINEAU, *Appellate Justice in England and the United States*, Getzville NY, W. S. Hein, 1991. La hipótesis de emular el modelo estadounidense, también en referencia a la limitación del tiempo permitido para los argumentos orales se discute en M. ZANDER, *The Law-Making Process*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 452-53.

(10) En el caso *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and DHSS*, [1985] 3 All ER 402, la *House of Lords* debía pronunciarse sobre la licitud de los consejos sobre métodos anticonceptivos realizados por parte de los médicos a menores de dieciséis años. La recurrente había impugnado una circular del *Department of Health and Social Security*, que autorizaba a los médicos en determinadas circunstancias. Durante el proceso, dado que nadie parecía representar los intereses de los menores de edad, el *Children's Legal Centre* solicitó poder presentar una memoria escrita y, posteriormente, intervenir con un argumento oral, pero la *House of Lords* no lo admitió. Sin embargo, desde entonces y de manera gradual, los tribunales ingleses han escuchado de manera más benigna y frecuente las solicitudes de los *amici curiae*. Por lo demás, no han cambiado solo en el número, sino también en el tenor de su intervención: «from invitation by court, to application to the court; from official or statutory body, to lobbying group, commercial organisation or professional body; and from ostensibly neutral submissions, to rather more partisan argument» (S. HANNETT, *Third Party Intervention: In the Public Interest*, en *Public Law*, 2003, p. 128).

(11) M. ZANDER, *The Law-Making Process*, *cit.*, p. 457. A quien, a propósito del creciente intervencionismo del poder judicial propiciado por la Human Rights Act de 1998, escribió que «an expansive intervention regime shifts the courts towards a legislative function, by allowing intervention to operate as one of several tactics in a campaign strategy and by permitting political battles lost elsewhere to be revisited» (S. HANNETT, *Third Party Intervention: In the Public Interest*, *cit.*, p. 129), le siguió la réplica según la cual «(t)he Human Rights Act has changed the legal landscape, or to be more precise has introduced an explicit and broader dimension of rights adjudication to supplement the time-honoured role of the judiciary under the common law in making decisions as to the scope of fundamental rights. In carrying out this enhanced role, the judiciary have inevitably to adopt a more complex and contextually sensitive approach than hitherto, as suggested by Lord Steyn in *R. (on the application of Daly) v. Secretary of State for the Home Department*. None of this makes the judicial process more "political" than it has been hitherto: the task of the court remains to address the issue at stake through the legal framework within which they operate, informed by a full contextual understanding which may only be possible if third party intervention has occurred» (M. ARSHI and C. O'CONNOR, *Third party interventions: the public interest re-affirmed*, en *Public Law*, 2004, p. 76).

el proceso debido al interés general de colaboración con los jueces en la persecución de la justicia como fin superior –y, en estas circunstancias, es la propia corte la que le atribuye un encargo pericial–. La segunda es completamente ajena a las razones de la controversia e interviene, siempre como una forma de colaboración, pero espontáneamente, con la finalidad de ofrecer información desconocida por el tribunal –como, por ejemplo, la muerte del imputado en rebeldía– o de desenterrar precedentes que el juez no conozca, realizando la función del llamado *oral Shepardizing*⁽¹²⁾ o, incluso, para señalar errores manifiestos⁽¹³⁾. En un caso más bien extremo que está documentado, Sir George Treby, miembro del Parlamento, informó al tribunal de su participación en la votación de aprobación de la *Statute of Frauds and Perjuries*, cuyo significado estaba siendo cuestionado, para facilitar la deliberación necesaria para una correcta interpretación alineada con las intenciones originales del legislador⁽¹⁴⁾.

En el primer caso, por tanto, el *amicus* encargado por el juez se parece –pero no es posible saber si se trata de una similitud querida o accidental⁽¹⁵⁾– al *consiliarius* romano que, desde la edad antigua y durante toda la República y el Imperio, implicaba al magistrado en el proceso con el objeto de que expresara su propia valoración, siempre con respeto de los principios del derecho, para agilizar la decisión sobre el litigio⁽¹⁶⁾. El segundo tipo, sin embargo, que a diferencia del primero no responde a una idea abstracta de la justicia sino a exigencias de justicia individual, tomó forma en la Inglaterra medieval⁽¹⁷⁾, y es el antecedente de la institución que actualmente se encuentra vigente en muchas de las jurisdicciones anglosajonas contemporáneas.

(12) S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy*, en 72 *Yale Law Journal* 694 (1962), p. 695.

(13) En este sentido, los Yearbooks informan de muchas intervenciones de este tipo, no solo para dar voz a los menores, sino para resaltar errores obvios o mencionar las leyes vigentes sobre el punto en cuestión. Véase *The Protector v. Geering*, 145 Eng. Rep. 394 (1656) (error manifiesto); *Falmouth v. Strode*, 11 Mod. 137, 88 Eng. Rep. 949 (Q.B. 1707) (información sobre la muerte de una de las partes); *Beard v. Travers*, 1 Vesey Sen. 313, 27 Eng. Rep. 1052 (Ch. 1749) (intervención en nombre de algunos niños implicados en el proceso); *The Prince's Case*, 8 Coke 1, 29a, 77 Eng. Rep. 481, 516 (1606) (llamando la atención del tribunal sobre una ley vigente).

(14) *Horton & Ruesby*, Comb. 33,90 Eng. Rep. 326 (K-B. 1686).

(15) Véase G. CRISCIUOLI, *Amicus Curiae*, en *Enc. giur.*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988.

(16) Sobre las dificultades para rastrear los rastros documentados en el *amicus curiae*, véase S. C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, cit., 363: «The central difficulty in pointing to the Roman law as the source of the *amicus curiae* is that term does not appear in Roman scripts or writings in reference to jurists who had performed that function since the third or fourth century. There are constant references to offices of the *amici*, *consillari*, *iusconsulti* or *iurisprudentes*, *ius publice respondendi* and *ministrator* but not to an *amicus curiae*. This does not necessarily indicate that the institution did not exist in Roman times, as explicit evidence of even renowned Roman institutions is often unavailable in Roman scripts».

(17) En esa época, dado que el proceso judicial se desarrollaba en la plaza pública, cualquiera que asistiera podía intervenir para compartir con el tribunal hechos y noticias relevantes. Véase M. K. LOWMAN, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin after the Friends Leave?*, en 41 *Am. U. L. Rev.* 1243 (1992).

En todo caso, el *amicus curiae* que se impuso de manera general en los orígenes del Reino Unido para después trasplantarse a otros contextos jurídicos, pero no al resto de Europa⁽¹⁸⁾, es una figura alejada de intereses personales respecto de la controversia en la que decide participar de manera espontánea, pero inspirada por la valoración de la justicia en ese caso en particular –una noción de justicia que se refiere a las partes implicadas en el proceso y a su litigio, y no a una concepción teórica propia–. Precisamente bajo este modelo se fue afirmando más allá del Canal de la Mancha –en la época del nacimiento y evolución del *common law* a partir de la segunda mitad del siglo XV– para suplir la falta del derecho a la asistencia legal⁽¹⁹⁾ de las personas imputadas por delitos contra la Corona, permitiendo con ello que los sujetos ajenos al mundo forense pudieran trasladar información a su favor durante el juicio, con la finalidad de conjurar eventuales errores judiciales y el consiguiente deshonor de la corte⁽²⁰⁾.

No ha quedado rastro alguno en nuestros días del origen del *amicus curiae*, ni de las razones y circunstancias por las que se introdujo en el sistema jurídico inglés⁽²¹⁾. No se nos permite conocer en qué medida el *consiliarius* romano y la ausencia de defensa legal en los procedimientos penales hayan podido combinarse para dar forma a esta institución en su moderna fisonomía. Sin embargo, tal vez el *amicus curiae* ha terminado por englobar de alguna manera ambos precedentes, que han sido recientemente absorbidos respectivamente por la institución de los *law Clerk* que asisten a los jueces para profundizar en cuestiones jurídicas, y por las garantías constitucionales de los derechos de la persona imputada. A pesar de ello, la razón de ser del *amicus curiae* no ha desaparecido, por cuanto «(t)he court's attention

(18) Con la posible excepción de Francia, donde está previsto por el Código de procedimiento civil, y en la África francófona, donde ha quedado algún rastro. Véase E. ANGELL, *The Amicus Curiae - American Development of English Institutions*, 16 *International Constitutional Law Quarterly* 1017 (1967), p. 1017, nt. 3.

(19) Sobre el nexo entre ausencia del derecho de defensa y la institución del *amicus curiae*, véase F. M. COVEY, Jr., *Amicus Curiae: Friend of the Court*, en 9 *DePaul L. Rev.* 30 (1959), pp. 34-35. Prueba de ello sería que la única mención de la práctica del *amicus* aparece en la sección dedica a la «*Criminal Law*» en los *Institutes* de Coke.

(20) «It is for the honor of a court of justice to avoid error [...]. Barbarism will be introduced, if it be not admitted to inform the court of such gross and apparent errors in offices»: en este sentido, *The Protector v. Geering*, 145 Eng. Rep. 394 (Ex. 1656).

(21) Un intento de reconstruir las hipótesis más plausibles y acreditadas sobre la génesis del *amicus curiae* en el sistema de derecho consuetudinario inglés es el de S. C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, en 2 *Singapore Journal of Legal Studies* 352 (2010), pp. 357-60. La primera hipótesis considera que el propio derecho, intrínseco al tribunal, a solicitar ayuda, haya generado y construido la práctica del *amicus*. La segunda, definida como *the bystander* (o *intervening Good-Samaritan*) theory, se refiere a los tiempos en que, en ausencia de defensa legal, un imputado podía ir acompañado de sus conocidos, como testimonia Coke en sus *Institutes*. Pero que un amigo interviniese espontáneamente en defensa del imputado no debe haber sucedido con tanta frecuencia como para haber creado la práctica del *amicus curiae* (En este sentido, *BELLHOUSE e A. LAVERS, The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?*, *cit.*). La tercera hipótesis se refiere a la defensa del honor del tribunal corrigiendo los posibles errores. La cuarta se llama oral «shepardizing», es decir, la revisión de antecedentes que el tribunal ignora o ha olvidado tener en consideración. Por último, la quinta propone la teoría según la cual la introducción del *amicus curiae* servía para eludir los límites del sistema acusatorio.

should be drawn to obvious error or facts that the parties have failed to present due to ineptitude or self-interest. In so doing, the amicus curiae may prove a true friend of the Court»⁽²²⁾.

No cabe duda, pues, de que, a pesar de las muchas páginas en sombra en la historia de esta institución, y de más de una ambigüedad nunca disipada, una característica crucial del *amicus curiae* de ascendencia inglesa es estar al servicio del tribunal y no de las partes – friend of the court y no friend to the court–. Por otro lado, cuando todavía a día de hoy un *Advocate of the Court*⁽²³⁾ –es decir, un asesor como el admitido en el dramático caso de los gemelos siameses Gracie y Rosie Attard⁽²⁴⁾– es convocado para apoyar un tribunal inglés, debe actuar de manera totalmente imparcial, ya que está encargado de asistir al tribunal y no a las partes⁽²⁵⁾.

Igual que, a lo largo de los siglos, la práctica de admitir *amicus curiae* no ha cambiado por parte del tribunal, si bien la admisión no se configura como un derecho del *amicus* a comparecer, ni siquiera ha cambiado con el tiempo su razón de ser como institución capaz de preservar el honor del tribunal en la administración ordinaria de justicia y de facilitar la evolución racional de la ley «as a safeguard against judicial arbitrariness and for the preservation of free government»⁽²⁶⁾. Sin embargo, los jueces ingleses no han sabido elaborar una definición de la institución y de su espacio de intervención, y por ello se ha mantenido una alta discrecionalidad de los tribunales a la hora de admitir los escritos procesales, así como de la flexibilidad de la propia institución para adaptarse a las circunstancias y actores más variados⁽²⁷⁾.

(22) F. M. CONVEY, Jr., *Amicus Curiae: Friend of the Court*, cit., p. 37.

(23) Las Guidelines de 2001 excluyen que los tribunales puedan nombrar un *Advocate of the Court* «where a point of law was being argued affecting a government department which is not represented (the court could ask the Attorney to make arrangements for the department to be represented); where the Attorney-General believed that the public interest required him to intervene as a party (the court could give the Attorney the right to intervene); where the court believed that a litigant in person should get free (pro bono) representation to argue a point of law (the court could give the defendant an adjournment to permit him to seek such representation); where in a criminal trial the defendant was unrepresented, the prosecutor's duty as "a minister of justice" was to assist the court with all questions of law (it would be surplusage to appoint an Advocate to the court to perform the same role)» (LORD GOLDSMITH, *Friend of the court*, cit., p. 31).

(24) Re A (conjoined twins) [2001] 2 WLR 480. Las niñas nacieron unidas a la altura del abdomen. Una arteria de Gracie irrigaba el sistema circulatorio de Rosie, ya de por sí muy frágil y comprometido. La cirugía para separarlas habría permitido a Gracie sobrevivir con una probabilidad de más del 90 por ciento, pero implicaba la muerte de Rosie. Por otro lado, sin la intervención quirúrgica, Gracie no habría aguantado más que unos pocos meses, lo que implicaba la muerte de ambas antes de los seis meses de edad.

(25) M. ZANDER, *The Law-Making Process*, cit., p. 454.

(26) E. R. BECKWITH e R. SOBERNHEIM, *Amicus Curiae - Minister of Justice*, cit., p. 38.

(27) S. KRISOLV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, en 72 *Yale L.J.* 694 (1963), p. 695. Entre los casos más extremos, se recuerda Ex parte Lloyd, citado en Ex parte Elysee, Monte 69,70 n.a. (Ch. 1830), en el cual un abogado había acordado, en diferentes momentos, defender a ambas partes. Durante el juicio, se encontró en medio de esta incompatibilidad sin saber cómo resolverla. Lord Chancellor no tenía potestad para sugerirle al abogado cómo resolver el problema pero, calificándose como *amicus curiae*, pudo aconsejarle sobre cómo proceder (*ivi*).

Pero, sin lugar a duda, es en Estados Unidos donde el *amicus curiae* conoce su más afortunada afirmación, con un desarrollo completamente diferente. Desde el punto de vista numérico, las intervenciones de los *amici curiae* se han multiplicado prodigiosamente en las décadas comprendidas entre finales de los años Cuarenta y Sesenta del siglo pasado: por revisar algunas estadísticas, en el año 1948-49, se depositaron ante la Corte Suprema federal setenta y cinco memorias de *amici curiae* para cincuenta y siete litigios pendientes. Las decisiones de la Corte, las opiniones concurrentes y disidentes fueron, en aquel año, setenta y seis en total: en once casos, comparecieron veinticuatro *amici curiae*, a veces incluso más de dos por sentencia. Durante el curso judicial 1963-64, en cincuenta y nueve pronunciamientos de ciento cuarenta y uno se constituyeron setenta y cinco *amici curiae* provenientes de los diversos niveles de gobierno (federal, estatal, de condado, municipal y de agencias administrativas) así como de organizaciones no gubernamentales (ONG). Finalmente, durante el año 1964-65, las sentencias fueron cuarenta y siete, y los *amici curiae*, cien⁽²⁸⁾. Aún más indicativo resulta el hecho de que el 85 por ciento de las causas resueltas ante la Corte Suprema hasta finales del siglo XX recibiera una memoria de al menos un *amicus curiae*, y que entre 1946 y 2001, las memorias depositadas fueran más de quince mil para algo menos de cuatro mil casos⁽²⁹⁾. En la actualidad, el 98 por ciento de los casos de la Corte Suprema viene acompañado por *amici curiae*⁽³⁰⁾: en 1996, el porcentaje todavía era del 90 por ciento; en 1981, era del 71 por ciento; y en 1976, solo el 35 por ciento⁽³¹⁾.

Pero es, sobre todo, desde el punto de vista de los objetivos y la utilidad de los *amici curiae* donde la práctica estadounidense se ha distanciado más de los precedentes ingleses, trazando el camino para una derivación completamente nueva de la institución. De hecho, si históricamente el *amicus curiae* asistía a los tribunales proporcionando información útil para evitar errores durante el proceso, indiferente a las partes y a sus reivindicaciones, poco a poco se fue consolidando en Estados Unidos la idea según la cual actúa *para influir en el resultado de las decisiones*. Que este giro tuviera lugar, en particular, después de la Segunda Guerra Mundial, casa bien con la actividad de *lobbying* ante el Congreso que se abrió paso en medio de las dificultades generadas por la recuperación económica de la posguerra y la política internacional, cuando un presupuesto federal astronómico atrajo a miles de lobistas a la capital, que representaban a organizaciones poderosas y activos igualmente grandes. La Corte Suprema no ha sido inmune. El dispositivo de *lobbying* disponible para su uso ante la Corte es el *amicus* breve⁽³²⁾.

(28) E. ANGELL, *The Amicus Curiae American Development of English Institutions*, cit., pp. 1027-28.

(29) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 48.

(30) A. ORR LARSEN y N. DEVINS, *The Amicus Machine*, en 102 *Va. L. Rev.* 1901 (2016).

(31) A. WOHL, *Friends with Agenda. Amicus Curiae Briefs May Be More Popular than Persuasive*, en 82 *A.B.A.J.* 46 (1996).

(32) F. V. HARPER y E. D. ETHERINGTON, *Lobbyists before the Court*, en 101 *U.Pa.L.R* 1172 (1953), p. 1172.

La transición desde un modelo tradicional de actor neutral al servicio de la justicia hasta la moderna acepción de militante partidario de un interés involucrado en la controversia caracteriza de manera particular lo que sucedió con el *amicus curiae* en Estados Unidos. En otras jurisdicciones, particularmente las de la Commonwealth⁽³³⁾, la institución ha conservado la pureza del modelo antiguo. Con el tiempo, el *amicus curiae* ha echado raíces en Sudáfrica, Sri Lanka y la India; en Francia y Quebec, en Luisiana y en el África francófona; y también en España, Texas, Latinoamérica y Filipinas⁽³⁴⁾, tocando también las costas de Japón y Turquía, sin olvidar China⁽³⁵⁾. Por no hablar de los tribunales internacionales (en particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Organización Mundial del Comercio y la Corte Penal Internacional⁽³⁶⁾), en los que se ha establecido sin dificultad⁽³⁷⁾. La universalidad de su difusión y supervivencia, de una u otra manera, es precisamente la prueba más plástica de su alta adaptabilidad. «It has meant, since leaving Roman hands, different things to different people but the title has, rather remarkably, endured»⁽³⁸⁾. Sin embargo, la misma flexibilidad que ha permitido su fortuna sin fronteras, es también motivo de la nebulosidad de la noción jurídica, definida como «unhelpful», «imprecise» y «deceptively simple»⁽³⁹⁾.

(33) Respecto de los países africanos de la Commonwealth, Sudáfrica es el ejemplo a tener en cuenta. Así, O. JONAS, *The Participation of the Amici Curiae Institution in Human Rights Litigation in Botswana and South Africa: A Tale of Two Jurisdictions*, en 59 *J. Far. L.* 329 (2005), para ampliar la práctica del *amicus curiae* como «vindicator of rights for the politically powerless and marginalized» y J. C. MUBANGIZI y C. MBAZIRA, *Constructing the Amici Curiae Procedure in Human Rights Litigation. What Can Uganda Learn From South Africa*, en 16 *Law Democracy & Dev.* 199 (2012). Incluso antes de la entrada en vigor de la constitución posterior al apartheid, el modelo sudafricano de *amicus curiae* se definió como «versatile», y que «fulfills a wide range of diverse and important functions» (C. MURRAY, *Litigating in the Public Interest: Intervention and the Amici Curiae*, en *South African J. Human Rights* 240 [1994]).

(34) A. D. E. LEWIS y D. J. IBBERTSON (eds.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, p. 7.

(35) *Ibid.*, p. 14.

(36) La única Corte que ha introducido una disposición bastante restrictiva sobre el *amicus curiae* es la Corte Internacional de Justicia (CIJ). El artículo 34 de su Estatuto restringe el acceso como *amici* únicamente a las organizaciones internacionales públicas y a los Estados. En 2004, la CIJ adoptó la *Practice Direction XII*, que regula también la participación de las ONG internacionales. Un enfoque restrictivo similar se aplica también al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (ITLOS) que, sin embargo, permite el acceso también a organizaciones internacionales híbridas, como la *International Union for the Conservation of Nature*. Véase A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, en 26 *EJIL* 851 (2015), p. 862.

(37) Véase D. B. HOLLIS, *Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case for the Retention of State Sovereignty*, en 25 *B.C. Int'l. & Comp. L.* 235 (2002); Dinah Shelton, *The Participation of Non- governmental Organisations in International Judicial Proceedings*, en 88 *Am. J. Int'l L.* 611 (1994); E. LEVINE, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, en 29 *Berkeley Journal of International Law* 200 (2011) y A. DOLIDZE, *The Arctic Sunrise and NGOs in International Judicial Proceedings*, en *ASIL Insights*, 3 enero de 2014, extraído de www.asil.org/insights/volume/18/issue/1/arctic-sunrise-and-ngos-international-judicial-proceedings.

(38) S. C. MOHAN, *The Amicus Curiae: Friends No More?*, *cit.*, p. 360.

(39) J. BELLHOUSE & A. LAVERS, *The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?* en 23 *C.J.Q.* 187 (2004). Y, extendiendo la mirada a otros ordenamientos de common law, es difícil llegar a una excepción

No es casual que, precisamente como resultado de la mutación política en su papel respecto del clásico canon de neutralidad, *el amicus curiae* pasara a llamarse, en el Reino Unido, *Advocate of the Court*, según lo acordado en un memorándum conjunto firmado el 19 de diciembre de 2001 por el Attorney-General, Lord Goldsmith, y por el Chief Justice of England and Wales, Lord Woolf, en vista del hecho que «the line between the role of an amicus and the intervener has not always been drawn too clearly»⁽⁴⁰⁾.

Pero la aproximación al concepto jurídico es solo uno de los aspectos del problema, ya que existe otra perspectiva del *amicus* que debe ser considerada, esto es, la del perfil de sujetos que piden intervenir. Una cierta iconografía –inspirada sobre todo por las batallas impulsadas por organizaciones no gubernamentales (ONG) rodeadas de un aura heroica, como la NAACP⁽⁴¹⁾ o la ACLU⁽⁴²⁾, para la desegregación racial en Estados Unidos y la emancipación de las personas afroamericanas– transmitió la

unánime y exhaustiva: en Australia, el *amicus curiae* es un profesional del derecho cualificado para asistir al tribunal (*In the marriage of PW and CA Rogers and Fernandez* [1988]) 12 *Fam. L.R.* 467 (Family Court of Australia); en Canadá, es un pasante quien informa al juez de una cuestión legal (*Grice v. R* [1957] 11 D.L.R. [2d] 699 [Ont. S.C.]) o un abogado neutral quien asiste al tribunal a petición de éste (*R. v. Lee* [1998] 125 C.C.C. [3d] 363 [N.W.T. S.C.]); en Inglaterra, el papel del *amicus curiae* es el de ayudar al tribunal a presentar las leyes de manera imparcial (*Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons Ltd.* [1968] 2 Q.B. 229 at 266 [C.A.]); en Hong Kong, resulta difícil aceptar la intervención de un *amicus curiae* sin que haya sido invitado a comparecer (*Hong Kong v. David Ma Wai-kwan* [1997] 2 Hong Kong Cases 315 at 359 [C.A.]); y también es así en Malasia (*Re Application by Hamid bin Hassan; Hamid bin Hassan v. Returning Officer*, Karak [1979] 2 M.L.J. 183 y *Tai Choi Yu v. Ian Chin Hon Chong* [2002] 5 M.L.J. 518 [H.C.]), donde un consultor del Disciplinary Board of the Bar Association es invitado para alcanzar una decisión justa según el interés público (*Nadarajan s/o Verayan v. Hong Tuan Teck* [2007] 7 M.L.J. 640 [H.C.]); en Sudáfrica, el *amicus curiae* no resulta implicado en la gestión del caso (*Grinshaw v. Mica Mines Ltd.* [1912] Transvaal Provincial Division Decisions 450 y *Connock's Motor Co. Ltd. (SA) v. Pretorius* [1939] Transvaal Provincial Division Decisions 355) y, finalmente, en Estados Unidos, donde el *amicus curiae* interviene durante el procedimiento para asistir al tribunal con información (*Village of North Atlanta v. Cook*), 133 S.E.2d 585, 219 Georgia Reports 316 (Sup. Ct. 1963) pero nunca contra un imputado [*State v. Finley*, 242 Minn. 288, 294, 295, 64 N.W. 2d 769 (1954)], tratándose de un individuo o grupo que, previa autorización del Tribunal, presenta una memoria con la intención de influir en el tribunal [*Airlines v. Wolens*, 513 U.S. 219 (1995)].

(40) LORD GOLDSMITH, *Advocate to the Court*, en 32 *Family Law* 228 (2002). En este sentido, y a título de ejemplo, es útil recordar que, ante algunos tribunales federales de distrito estadounidense, se admitió que el *amicus* pudiera intervenir en debates, interrogar a testigos, presentar pruebas y también hacer cumplir ordenanzas previas del tribunal (M. K. LOWMAN, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*, en 41 *Am.U.L.Rev.* 1243 [1992], p. 1246).

(41) La National Association for the Advancement of Colored People se fundó en Baltimore el 12 de febrero de 1909, aniversario del nacimiento de Abraham Lincoln, en apoyo de (en lugar de ayuda a) la población afroamericana. Su Estatuto describe los fines de la asociación con estas palabras: «To promote equality of rights and to eradicate caste or race prejudice among the citizens of the United States; to advance the interest of colored citizens; to secure for them impartial suffrage; and to increase their opportunities for securing justice in the courts, education for the children, employment according to their ability and complete equality before law». La NAACP, que desde 1938 estuvo dirigida por el joven abogado Thurgood Marshall, futuro juez de la Corte Suprema, primer afroamericano que llegó a dicho cargo, intervino en calidad de *amicus curiae* en los casos más importantes relacionados con la desegregación racial y la promoción de los derechos de la población de color.

(42) La American Civil Liberties Union se fundó en 1920 bajo el nombre de Civil Liberties Bureau y, entre muchos otros, fue *amicus curiae* en el caso *Brown v. Board of Education* [347 U.S. 483 (1954)] y

imagen del *amicus curiae* como la de un David luchando contra Goliat. Pero, en la actualidad, es un romántico *understatement*: en primer lugar, es así desde un punto de vista cuantitativo, ya que, en las últimas décadas, el número de ONG ha crecido vertiginosamente⁽⁴³⁾ por diversas razones⁽⁴⁴⁾. En segundo lugar, por la potencia política alcanzada por las organizaciones no gubernamentales con el fenómeno de la *ONGización de la sociedad*⁽⁴⁵⁾. Pero, sobre todo, por su radio de acción internacional, que supone que el fallo de un tribunal que, de alguna manera, haya hecho suyas las razones de un *amicus curiae*, pueda circular y, potencialmente, influir mucho más allá de los límites de ese ordenamiento, a través de la *cross-fertilization* entre tribunales⁽⁴⁶⁾.

En virtud de estos fenómenos, el *amicus curiae* ha perdido los rasgos del modelo clásico, como sujeto designado por el tribunal para un cargo honorífico e imparcial y, por el contrario, ha adquirido las características de un modelo político. Del servicio a la justicia y del prestigio del tribunal queda cada vez menos, mientras que cobra ventaja la militancia por una causa, por un sistema de intereses, una categoría.

en *Roe v. Wade* [410 U.S. 113 (1973)]. También fue la primera asociación no gubernamental que solicitó el *impeachment* contra el Presidente Richard Nixon.

(43) Es difícil fijar con precisión el número de ONG, pero en Estados Unidos se ha documentado que han pasado de 793.000 en 1982, a 1.478.000 en 2006 (Urban Institute National Center for Charitable Statistics, *Number of Nonprofit Organizations in the US, 1996-2006*, 2006 <http://nccsdataweb.urban.org/PubApps/profile1.php?state=US>). En Alemania, en el quinquenio sucesivo a la reunificación, han aumentado de 286.000 a 450.000 (H. K. ANHEIER, y W. SEIBEL, *The Non profit Sector in Germany*, Manchester, Manchester University Press, 2001), para llegar posteriormente hasta 570.000 en 2008 (Vereinsstatistik, *Survey of the Research Institute of Sociology at Cologne University in Cooperation with V&M Service*, 2008: <http://www.registeronline.de/vereinsstatistik/2008/>). En India son más de un millón (R. SOORYAMOORTHY y K. D. GANGRADE, *NGOs in India: A Cross Sectional Study*. Westport, Greenwood Press, 2001); en Rusia, 359.000 (Anna Skvortsova, *NGOs in Russia. Information and Analyses Center for Social and Health NGOs*, 2006, en http://www.hse.fi/NR/rdonlyres/D40BF349--2AE2--4CF1--B75F-0B5898755AE5/6104/PresentationAS2_102007Skvortsova.pdf); en Canadá, 161.000 (Statistics Canada, *Cornerstones of Community: Highlights of the National Survey of Nonprofit and Voluntary Organizations*, Ottawa, 2005 <http://www.ccss.jhu.edu/index.php?section=content&view=16&sub=91&tri=93>). En Polonia, 55.000 (S. GARSZTECHI, *Zivilgesellschaft in Polen*, en *Polen News*: <http://www.polen-news.de/puw/puw-83-07.html>). Incluso desde el punto de vista de la mano de obra empleada en el sector sin ánimo de lucro, los datos son considerables: en Holanda, el 14,4%; en Canadá, el 11,1%; en los Estados Unidos, el 9,8% y en Alemania, el 5,9% (S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 13).

(44) Además de las variables de época que caracterizan el escenario mundial, también han pesado algunos factores específicos, como la descentralización y la liberalización económica en la India (N. CHANDHOKE, *The Conceits of Civil Society*, New York, Oxford University Press, 2003); la expansión del Estado en Francia (J. D. LEVY, *Tocqueville's Revenge: State, Society, and Economy in Contemporary France*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1999 y P. ROSANVALLON, *The Demands of Liberty: Civil Society in France since the Revolution*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2007); liberalización política y subvenciones internacionales en Rusia (M. P. MAXWELL, *NGOs in Russia: Is the Recent Russian NGO Legislation the End of Civil Society in Russia?*, en 15 *Tulane Journal of International and Comparative Law* 235 [2006] y S. AKSARTOVA, *Promoting Civil Society or Diffusing NGOs? U.S. Donors in the Former Soviet Union*, en D. C. HAMMACK y S. HEYDEMANN [eds.], *Globalization, Philanthropy, and Civil Society: Projecting Institutional Logics Abroad*, Bloomington, Indiana University Press, 2009).

(45) S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 60 ss.

(46) A. DOLIZDE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, cit.

En definitiva, el *amicus friendship* ha cedido el paso a la *amicus advocacy*. En la actualidad, las cuestiones que llegan a enjuiciamiento de los Tribunales a menudo presentan una complejidad demasiado inverosímil como para ser recogida por una distante y enrarecida institución privada de contactos con las sociedades modernas. Así pues, los jueces pueden sentir, más que en otras épocas, la necesidad de conocer los hechos, de obtener información, de entrar en contacto con el pluralismo y la variedad de las comunidades en las que operan. Sin embargo, si la voz de los *amici curiae* expresa las razones de una parte o promueve la agenda de un grupo de interés –si es una voz militante y política en sentido amplio– ¿qué beneficio podrá derivarse para la calidad de la jurisprudencia? Ante este estado de cosas, ¿puede el *amicus curiae* seguir siendo visto como un «amigo de la corte»?

II. EL AMICUS CURIAE EN LA EXPERIENCIA DE ESTADOS UNIDOS: «FRIENDS OF THE COURT» OR «FRIENDS OF THE PARTY»?

Está fuera de toda duda que, respecto de la práctica de los *amici curiae* en sentido moderno, el de Estados Unidos es el ordenamiento más vistoso y elocuente, así como el que ha experimentado la progresiva adopción de un modelo de *amicus curiae* heterodoxo respecto de las convenciones clásicas que, ante los tribunales americanos, habrían dejado de manifestarse ya en los años 20 del siglo XIX⁽⁴⁷⁾. Basta con mirar la colosal cantidad de *brief* presentados cada año ante el Tribunal Supremo: como ya se mencionó previamente, si hay de promedio setenta y cinco sentencias de la Corte, las memorias de los *amici curiae* superan los novecientos⁽⁴⁸⁾. No resulta extraño que un solo caso atraiga más de treinta, y que los más controvertidos alcancen, incluso, números de tres cifras⁽⁴⁹⁾. De lo cual se deriva una hipertrofia informativa que abruma a la judicatura, una avalancha ampliamente repetitiva en la que resulta difícil, para los asistentes al juicio⁽⁵⁰⁾, separar el grano de la paja⁽⁵¹⁾.

Históricamente, la institución del *amicus curiae* cruza el Atlántico con los volúmenes de los *Institutes* de Coke que llevaban los primeros juristas que desembarcaron en las costas orientales, pero tarda en aparecer en la práctica, a pesar del problema de la falta de representación en los tribunales de los intereses públicos indirectamente vinculados a la disputa, ampliamente identificado, especialmente

(47) S. BANNER, *The Myth of the Neutral Amicus: American Courts and their Friends, 1790-1890*, en 20 *Const. Commentary* 111 (2003).

(48) A. J. FRANZE y R. REEVES ANDERSON, *The Supreme Court's Reliance on Amicus Curiae in the 2012-13 Term*, in *Nat'l L.J.* septiembre de 2013 (<https://perma.cc/4QLR/U958>).

(49) A. J. FRANZE y R. REEVES ANDERSON, *The Unusual Term. Big Year for Amicus Curiae at the Supreme Court*, en *Nat'l L.J.* septiembre de 2016 (<https://perma.cc/5L98-UWNK>).

(50) K. J. LYNCH, *Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs*, en 20 *J.L. & PoL.* 33 (2004).

(51) A.-A. P. BRUHL y A. FELDMAN, *Separating Amicus Wheat from Chaff*, en 106 *Geo. L.J.* Online 135 (2017).

porque, en el sistema federal, los intereses estatales y los nacionales podían estar en desacuerdo incluso con ocasión de disputas entre particulares. Se dio el caso ya en *Greene v. Biddle*⁽⁵²⁾, en el que la disputa entre dos particulares por la posesión de la tierra dejó fuera tanto al Estado de Virginia, que había enajenado esas parcelas al gobierno federal, como al Estado de Kentucky, en cuyo territorio ambos habían confluído. Y, precisamente para dar voz a esos intereses públicos sin representación, desenmascarando una conspiración entre las partes, Henry Clay, senador de Carolina del Sur y abogado, fue admitido para hablar por el Estado de Kentucky, como primer caso de *amicus curiae*⁽⁵³⁾ que, en esta versión, respondía todavía al modelo medieval inglés, esto es, aquel que revela a los jueces una información para tutelar la buena administración de la justicia y de su honorabilidad. En la segunda mitad del siglo XIX, los *amici curiae* serán gradualmente admitidos, incluso en representación de intereses privados, pero seguirán siendo en todo caso figuras vinculadas al tribunal por una relación profesional. Sin embargo, por vez primera en 1919, un *amicus curiae* intervino en nombre de una organización⁽⁵⁴⁾, la National Association of Distillers and Wholesale Dealers, y ya antes de finales de los años Treinta se confirmó la identificación del *amicus* con un grupo de interés: «(t)he *amicus* is no longer a *neutral, amorphous embodiment of justice, but an active participant in the interest group struggle*»⁽⁵⁵⁾. Fue el Departamento de Justicia, creado en 1871, el que utilizó por primera vez la vía del *amicus curiae* como una forma de lobbying a través de Charles Bonaparte, Attorney General, que usará esta herramienta de manera inédita y progresista, a favor de los derechos de los afroamericanos y con la aspiración de lograr los cambios sociales necesarios⁽⁵⁶⁾. Casi al mismo tiempo, los grupos de interés privados también comenzaron a moverse en este mismo sentido: entre los primeros en activarse se encontraban algunas minorías étnicas⁽⁵⁷⁾, abogados y banqueros⁽⁵⁸⁾, o los productores y distribuidores de licores⁽⁵⁹⁾. Pero fue con la llegada de las asociaciones por los derechos civiles cuando el *amicus curiae* alcanzó su máxima popularidad⁽⁶⁰⁾.

(52) 1 U.S. (8 Wheat.) 1 (1823).

(53) S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief, cit.*, pp. 700-701. También E. ANGELL, *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions, cit.*, p. 1018.

(54) *Hamilton v. Kentucky Distill. Warehouse Co.*, 251 U.S. 146 (1919).

(55) S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief, cit.*, p. 703 (las cursivas son de la autora).

(56) *Ibid.*, p. 705. Se recuerdan, entre los pronunciamientos en que el Departamento de Justicia se constituyó como *amicus*, los casos *Employers Liability Cases* [207 U.S. 463 (1908)], *Bailey v. Alabama* [211 U.S. 452 (1908)] y *Buchanan v. Warley* [245 U.S. 60 (1917)].

(57) *Ah How (alias Louis Ah How) v. United States*, 193 U.S. 65 (1904), en el que compareció la Chinese Charitable and Benevolent Association de Nueva York.

(58) *Hall v. Geiger-Jones Co.*, 242 U.S. 539 (1917).

(59) *Hamilton v. Kentucky Distill. Co.*, 251 U.S. 146 (1919).

(60) Note, *Private Attorneys-General: Group Action in the Fight for Civil Liberties*, en 58 *Yale L.J.* 574 (1949). Es interesante resaltar que, en los casos de desegregación, algunos tribunales federales de distrito y de circuito nombraron de oficio al U.S. Attorney-General y al U.S. Attorney como *amici curiae*, con la finalidad de trabajar por el reforzamiento de las decisiones previas en la materia. Así sucedió en *Aaron*

Como resultado de esta incesante evolución de su rol⁽⁶¹⁾, los *amici* que comparecen ante la Corte Suprema pueden ser de tres clases⁽⁶²⁾: representantes del gobierno, federal o estatal, condados, municipios y agencias gubernamentales⁽⁶³⁾; organizaciones privadas profesionales y de gremios, empleadores, sindicatos, colegios profesionales⁽⁶⁴⁾; asociaciones privadas, iglesias, minorías organizadas, libertarios civiles y pacifistas⁽⁶⁵⁾. La apertura a tan variado grupo de sujetos, sin embargo, terminó traducándose fatalmente en un abuso de la institución: es decir, los brief no fueron presentados únicamente por aquellos que tenían intereses similares o idénticos a los de las partes presentes ante el Tribunal, sino que se convirtieron en «a vehicle for propaganda efforts». De hecho, más que en el fondo del asunto, se ponía el énfasis en la «size and importance of the group represented». En resumen, después de 1947 se multiplicaron las señales según las cuales el escrito del *amicus curiae* era un instrumento utilizado para hacer sentir una presión extrajudicial sobre el proceso, «more decorous than but essentially similar to the picketing of courthouses that Congress has since banned»⁽⁶⁶⁾.

Para demostrar una cierta oposición a dicha propaganda⁽⁶⁷⁾, en 1949 se aprobó una enmienda al artículo 27(9) del Reglamento del Tribunal Supremo⁽⁶⁸⁾, con el fin de introducir algunas limitaciones, entre las cuales se establecía, en la letra a), la necesidad del consentimiento de las partes⁽⁶⁹⁾, en ausencia de la cual, en todo caso, el *amicus curiae* tenía la facultad, contemplada en la letra c), presentar una moción directamente a la Corte (motion for leave to file)⁽⁷⁰⁾. Se entendía que la política no

v. *Cooper*, 163 F.Supp. 13, 16 (E.D. Ark. 1958) y en *Faubus v. United States*, 254 F.2d 797 (8th Cir. 1958) (así, S. KRISOLV, *The Amicus Curiae Brief*, cit., p. 718).

(61) K. O'CONNOR y L. EPSTEIN, *Amicus Curiae Participation in U.S. Supreme Court Litigation: An Appraisal of Hakman's 'Folklore'*, en 16 *Law & Society Rev.* 311 (1982).

(62) Véase E. ANGELL, *The Amicus Curiae: American Development of English Institutions*, cit., p. 1019 ss.

(63) Entre estas, los Solicitor-General y los Attorney-General, federal y estatal, al igual que agencias como la Securities and Exchange Commission (SEC).

(64) Como, por ejemplo, la Chamber of Commerce of the United States, la American Federation of Labor, la National Association of Broadcasters o la American Bar Association.

(65) A modo de ejemplo, la NAACP, la ACLU, la American Jewish Congress, la Workers Defense League, el Catholic Council on Civil Liberties, la Federation of the Blind o la Navajo Tribe of Indians.

(66) F. B. WIENER, *The Supreme Court's New Rules*, en 68 *Harv. L. Rev.* 20 (1954), p. 80.

(67) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York, Oxford University Press, 2008, loc. 944.

(68) 338 U.S. 959 (1949).

(69) Pero el consenso no es necesario si quien solicita intervenir son el Attorney-General de los Estados Unidos o de algún Estado (F. M. COVEY, *Amicus Curiae: Friend of the Court*, cit., p. 37).

(70) «Is ordered that Paragraph 9 of Rule 27 of the Rules of this Court be, and it hereby is, amended to read as follows: "9. (a) - Brief of an amicus curiae in cases before the Court on the merits: A brief of an amicus curiae may be filed only after order of the Court or when accompanied by written consent of all parties to the case and presented promptly after announcement postponing or noting probable jurisdiction on appeal, granting certiorari, or pertinent action in a case upon the original docket.

escrita de la Corte era negar el acceso a aquellos *amici* que las partes no hubieran consentido⁽⁷¹⁾.

Sin embargo, por su parte, el Solicitor-General se acostumbró a rechazar mecánicamente cualquier *amicus*⁽⁷²⁾, incurriendo en el malentendido de que se le pedía al Tribunal que reaccionara con una negativa automática. Sin embargo, el resultado de esta política fue un agravamiento del trabajo de la Corte, obligada a examinar cualquier memoria recibida. Como reacción a este exceso, al rechazar que Joseph y Donald Steinberg se constituyeran como *amici* en *Lee v. United States*⁽⁷³⁾, el Juez Frankfurter redactó un memorándum⁽⁷⁴⁾, al cual se sumó también el Juez Black,

(b) - Brief of an *amicus curiae* prior to consideration of jurisdictional statement or a petition for writ of certiorari: A brief of an *amicus curiae* filed with consent of the parties, or motion, independent of the brief, for leave to file when consent is refused may be filed only if submitted a reasonable time prior to the consideration of a jurisdictional statement or a petition for writ of certiorari. Such motions are not favored. Distribution to the Court under the applicable rules of a jurisdictional statement or a petition for writ of certiorari and its consideration thereof will not be delayed pending the receipt of such brief or the filing of such motion.

(c) - Motion for leave to file: When consent to the filing of a brief of an *amicus curiae* is refused by a party to the case, a motion, independent of the brief, for leave to file may timely be presented to the Court. It shall concisely state the nature of the applicant's interest, set forth facts or questions of law that have not been, or reasons for believing that they will not adequately be, presented by the parties, and their relevancy to the disposition of the case. A party served with such motion may seasonably file in this Court an objection concisely stating the reasons for withholding consent.

(d) - Consent not required: Consent to the filing of a brief of an *amicus curiae* need not be had when the brief is presented for the United States sponsored by the Solicitor General; for any agency of the United States authorized by law to appear in its own behalf, sponsored by its appropriate legal representative; for a State sponsored by its Attorney General; or for a political subdivision of a State sponsored by the authorized law officer thereof.

(e) - Signature of a member of the bar of this Court and proof of service required: All briefs and/or motions filed under this Rule shall bear the signature of a member of the Bar of this Court, and shall be accompanied by proof of service on all parties to the case"».

(71) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, *cit.*, loc. 944.

(72) Y, de hecho, algunas asociaciones que en muchos casos habían conseguido presentar sus escritos tras la reforma de 1949 y la petición de consentimiento de las partes, vieron cómo se desplomaban las oportunidades de intervenir. Esto sucedió, por ejemplo, al American Jewish Congress que, desde 1947 hasta la entrada en vigor de la Rule 27(9) ocurrida en 1949, había sido admitida en siete casos (*Oyama v. California*, 332 U.S. 633 (1948), *Bernstein v. Van Heygen Frères Société Anonyme*, 332 U.S. 772 (1947), *Bob-LoExcursion Co. v. Michigan*, 333 U.S.28 (1948), *Shelley v. Kramer*, 334 U.S. 1 (1948), *Takahashi v. Fish and Game Commission*, 334 U.S. 410 (1948), *Stainbeck v. Mo Hock Ke Lok Po*, 339 U.S. 368 (1950) y *Lawson v. United States*, 339 U.S. 934 [1950]), en tanto que posteriormente solo fue admitido en dos (*Doremus v. Board of Education*, 342 U.S. 429 (1952) y *Briggs v. Elliott*, 342 U.S. 350 [1952]). Similar suerte corrió también la American Civil Liberties Union (ACLU), la National Lawyers' Guild y la American Jewish Committee. Sobre esta cuestión, véase F. V. HARPER y E. D. ETHERINGTON, *Lobbyists before the Court*, *cit.*, pp. 1174-76. Es más, si en 1949 se presentaron 118 *brief* para 53 casos, en 1950 las memorias fueron setenta para para 36 casos (S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief*, *cit.*, p. 714).

(73) 343 U.S. 924 (1952).

(74) «The rule governing the filing of *amicus* briefs clearly implies that such briefs should be allowed to come before the Court not merely on the Court's exercise of judgment in each case. On the contrary, it presupposes that the Court may have the aid of such briefs if the parties consent. For the Solicitor General to withhold consent automatically in order to enable this Court to determine for itself the propriety of each

para explicar la frustración del Tribunal ante una inundación de tal calibre, y estigmatizar la falta de corrección del gobierno que, despreciando el art. 27, generaban una indebida transferencia de responsabilidad.

Afortunadamente, a partir del verano de 1952, el gobierno dio un giro más liberal⁽⁷⁵⁾, limitándose a negar la aceptación de las memorias solo en aquellos casos en que se trataba de propaganda evidente o en los relativas a subgrupos de organizaciones ya representadas. Ese mismo año, sin embargo, el Presidente del Tribunal Supremo Fred M. Vinson (y más tarde su sucesor Earl Warren) formó una comisión formada por los jueces Reed, Frankfurter, Douglas y Jackson para conseguir a una revisión del Reglamento de la Corte. Con la colaboración de representantes de los fiscales generales, de algunos profesores de derecho y varios abogados eminentes, a los que se unió el Secretario de la Corte, se iniciaron varias reformas⁽⁷⁶⁾, si bien no se realizó nada realmente sustancial sobre los *amici curiae*, al margen de establecer que la *motion for leave to file* no podía exceder las cinco páginas de longitud⁽⁷⁷⁾.

Con estas nuevas disposiciones, la Corte se abrió a una participación potencialmente ilimitada de los *amici curiae*, síntoma de una confianza sincera de los jueces en la calidad de los escritos, a pesar de la carga de trabajo adicional y los documentos que de ello resultarían. Si hubieran estado menos convencidos de que podían obtener un beneficio, les habría sido más conveniente pensar en algún tipo de correctivo para contener el uso de esta institución⁽⁷⁸⁾.

El Tribunal volverá a modificar varias veces las normas sobre los *amici curiae*: lo hará en 1990, tras haber recibido 78 *brief* en un solo caso relativo al aborto⁽⁷⁹⁾, modificando el artículo 37 del Reglamento, para recordar a las partes que una memoria que no sea realmente inédita y relevante «*simply burdens the staff and is not favoured*». Posteriormente, alarmado por algunas preocupaciones de tipo ético, la Corte añadirá en 1997 la obligación de los *amici* de hacer constar la eventual colaboración

application is to throw upon the Court a responsibility that the Court has put upon all litigants, including the Government, preserving to itself the right to accept an amicus brief in any case where it seems unreasonable for the litigants to have withheld consent. If all litigants were to take the position of the Solicitor General, either no amicus briefs (other than those that fall within the exceptions of Rule 27) would be allowed, or a fair sifting process for dealing with such applications would be nullified and an undue burden cast upon the Court. Neither alternative is conducive to the wise disposition of the Court's business. The practice of the Government amounts to an endeavor, I am bound to say, to transfer to the Court a responsibility that by the rule properly belongs to the Government. The circumstances of the application in this case illustrate the unfairness resulting from persisting in the Government's practice, in disregard of Rule 27».

(75) Y en 1957 emitió la Statement of Policy and Practice Regarding Applications to the Solicitor General for Consent to File Amicus Curiae Briefs in the Supreme Court, para aclarar los criterios útiles para conferir consentimiento o denegación a los *amici curiae*.

(76) 346 U.S. 951 (1954).

(77) Rule 44 (3).

(78) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, *cit.*, loc. 980-85.

(79) *Webster v. Reproductive Health Services*, 492 U.S. 490 (1989).

de los abogados de una de las partes en la redacción del escrito (contra la práctica de los escritores fantasmas) así como de documentar todas las contribuciones recibidas en apoyo de la memoria. La última revisión data de 2017, fecha en la que se realizaron cambios para simplificar el proceso de presentación de alegatos mediante la autocertificación del consentimiento de las partes⁽⁸⁰⁾.

El arraigo y proliferación de los *amici curiae* en la realidad de Estados Unidos se explica por al menos cinco razones características de este ordenamiento y de su cultura jurídica. En primer lugar, el carácter acusatorio del juicio, que no permite que estén representados en el tribunal intereses distintos de los de las partes en el proceso: la constitución de un *amicus curiae* permite obviar esta laguna, como ya se vio en las primeras apariciones de los *amici* ante la Corte Suprema.

En segundo lugar, el volumen de fuentes de la literatura legal y de derecho de los Estados Unidos pesa mucho: más de cien tribunales federales, varios cientos de tribunales estatales, leyes, regulaciones, más de cien revistas solo de los colegios de profesiones legales, sin mencionar los cientos de revistas de las facultades de derecho. Para cualquier juez, incluidos los de la Corte Suprema, es muy difícil mantenerse al día con esta colosal masa centenaria y en constante cambio.

Asimismo, no resulta irrelevante el entrelazamiento de las cuestiones y los problemas generados por la naturaleza federal del sistema: *due process of law*, *unreasonable searches and seizures*, *equal protection of the laws*, o *the commerce among the several states*, son solo algunos ejemplos de cláusulas constitucionales que caracterizan la *Constitución viva* de los Estados Unidos, en cuya interpretación es muy probable que la Corte Suprema Federal y la Corte Suprema de Mississippi, por ejemplo, no tengan la misma idea, del mismo modo que sería improbable que coincidieran la interpretación de 1897 y la de 1965.

Por otro lado, hay que recordar la práctica del *writ of certiorari*⁽⁸¹⁾, es decir, la facultad del Tribunal Supremo de elegir los casos que serán examinados y, en consecuencia, ordenar al tribunal inferior que le transmita los documentos del caso a fin de revisarlo. Los datos difundidos por la propia Corte Suprema revelan que, en promedio, de cerca de siete mil peticiones provenientes de los tribunales inferiores, solo se admiten entre ciento y ciento cincuenta apelaciones y, por lo general, se trata de casos que provienen de una Corte federal de Apelaciones o de una Corte Suprema estatal. Así pues, el *certiorari* significa una decisión preliminar a la que eventualmente se pronuncie sobre el fondo, y para influir en ella, el papel de los *amici curiae* no resulta, desde luego, secundario.

(80) Según el comentario del Secretario de la Corte, «(i)n an effort to simplify the filing process, this change allows parties to reflect written consent in the body of an *amicus curiae* brief, rather than having to file letters of consent separately with the Court. In addition, just as party briefs on the merits will be submitted through the electronic filing system and need not be separately submitted electronically, see Rule 25.9, so too *amicus curiae* briefs need not be separately submitted electronically».

(81) U. SOMMER, *Supreme Court Agenda Setting. Strategic Behavior during Agenda Setting*, New York, Palgrave Macmillan, 2014, p. 17 ss.

Por último, hay que tener en cuenta la multiplicación exponencial de las organizaciones privadas sin ánimo de lucro para promover las causas de los grupos de interés y sus reivindicaciones, a la que ya se ha hecho referencia. De 1950 a 1993, las ONG que trabajaban en el campo de los derechos humanos se quintuplicaron, pero aún seguían siendo una cuarta parte del total. Las dedicadas al ámbito de los derechos de la mujer se mantuvieron sin cambios en el 9 por ciento durante el mismo período, mientras que las ONG transnacionales sobre cuestiones ambientales pasaron de dos en 1953 (representaban el 1,8 por ciento del total) a noventa en 1993 (alcanzando el 14,3 por ciento del total)⁽⁸²⁾. Ante tal movilización, los tribunales no pueden permanecer encerrados en un Olimpo completamente ajeno al contexto social. Partimos precisamente de este punto para destacar cuatro aspectos que pueden ayudar a esclarecer los efectos sucesivos y colaterales de la difusión de este modelo de *amicus curiae*.

III. LA FIGURA DEL «AMICUS CURIAE» EN LA ERA DE LA ONGIZACIÓN DE LA SOCIEDAD

La realidad norteamericana propone una práctica de *amicus curiae* difícil de comparar con otras experiencias y, con la misma probabilidad, incompatible con contextos jurídicos distintos al norteamericano. Sin embargo, en lugar de convertirlo en un modelo poco indicativo, lo convierte, más bien, en el más elocuente, ya que se trata de un laboratorio tan vital y prismático como para iluminar las más variadas dinámicas que se despliegan en torno a un uso articulado de esta institución.

Retomemos la quinta y última característica ilustrada en el párrafo anterior, a saber, la multiplicación del número de ONG, grupos de interés, bufetes de abogados, asociaciones sectoriales o comités empresariales que se constituyen como *amici curiae* en casi todos los casos que actualmente se presentan ante el Tribunal Supremo Federal. ¿Qué impacto tienen en el trabajo de los jueces y en la jurisprudencia estadounidense? ¿Cómo inciden en el papel que desempeña el poder judicial dentro de la arquitectura institucional y en el diálogo entre los tribunales? En este párrafo, queremos reflexionar sobre cuatro cuestiones que, partiendo de la actuación de los grupos de interés y de las ONG que comparecen ante el Tribunal Supremo, proyectan el fenómeno de los *amici curiae* en un espacio que va más allá del simple litigio en el que comparecen: en primer lugar, el fenómeno de *lobbying* que, a través del *amicus curiae*, afecta tanto a los tribunales como al poder legislativo y ejecutivo; en segundo lugar, el disenso entre jueces que parece generarse, precisamente, por la cantidad de información y argumentos jurídicos contradictorios producidos por los *briefs*; en tercero, el carácter contramayoritario de los tribunales y su relación con las instituciones *mainstream*; por último, el diálogo entre los tribunales o, dicho con otras palabras, la *cross-fertilization* entre su jurisprudencia.

(82) Estos datos surgen de una comparación entre el Yearbook of International Organizations de 1953 y el Yearbook of International Organizations de 1993.

Comencemos con un ejemplo ciertamente extremo pero muy expresivo de la capacidad de penetración de los argumentos promovidos por los *amici curiae* en las sentencias de la Corte Suprema. Se trata de un asunto que tuvo lugar entre los años sesenta y setenta del siglo pasado, y llevó a la elaboración de una noción constitucional de privacidad derivada de una interpretación sustancial de la *due process clause* de la XIV Enmienda, la que, para entendernos, surgió por primera vez con relación a la circulación de métodos anticonceptivos en los Estados Unidos⁽⁸³⁾, con algunos precedentes lejanos⁽⁸⁴⁾, que posteriormente se proyectó hasta llegar a la histórica sentencia sobre el aborto⁽⁸⁵⁾ y que, por último, fue invocada, no siempre con la suerte deseada, con ocasión de las decisiones sobre la legalización de los matrimonios interracial⁽⁸⁶⁾, la libertad sexual de las personas homosexuales⁽⁸⁷⁾ y el suicidio médico-asistido⁽⁸⁸⁾.

Hoy en día sigue siendo una página sin precedentes en la historia estadounidense, no solo por las conquistas que hizo posibles, superando herencias oscuras y anacrónicas, sino también por la potencia de un concepto constitucional como el de la *privacy*, que permanece entre las empresas hermenéuticas más creativas de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Tratándose la *privacy* de un derecho resultante de la invención de los jueces —que, a decir verdad, lo tomaron de los *brief* de algunos *amici curiae*⁽⁸⁹⁾—, fundado sobre garantías constitucionales que, más allá de un anclaje textual, sólo podían intuirse en las sombras de algunas enmiendas del Bill of Rights, la Corte Suprema siguió extendiendo su lectura (pero también, a partir de cierto momento, dejó de utilizarlo) con un amplio grado de flexibilidad y discrecionalidad. Esta aleatoriedad del reconocimiento de la privacidad alentó y acogió la más intensa influencia ejercida por parte de los grupos de interés que aparecían como *amici curiae*⁽⁹⁰⁾.

Griswold v. Connecticut⁽⁹¹⁾ es universalmente conocida por haber introducido esta noción de privacidad, declarando la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Connecticut que, vigente desde 1879, prohibía vender contraceptivos a las parejas,

(83) *Poe v. Ullman*, 367 U.S. 497 (1961) y *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

(84) *Meyers v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) y *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

(85) *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health*, 462 U.S. 416 (1983), *Casey v. Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania*, 505 U.S. 833 (1992).

(86) *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967).

(87) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

(88) *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997) y *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 7092 (1997).

(89) Como ha destacado B. J. ENNIS, *Symposium on Supreme Court Advocacy: Effective Amicus Briefs*, en 33 *Cath. U. L. Rev.* 603 (1984), p. 604, «(a) good idea is a good idea, whether it is contained in an amicus brief on in the brief of a party».

(90) S. U. SAMUELS, *First among Friends. Interest Groups, the U.S. Supreme Court, and the Right to Privacy*, New York, Praeger, 2004, loc. 255.

(91) 381 U.S. 479 (1965).

incluso si estaban oficialmente casadas, e igualmente prohibía a los médicos impartir instrucciones al respecto. Griswold anulaba un pronunciamiento emitido tan solo cuatro años antes, *Poe v. Ullman*⁽⁹²⁾, en el que, por el contrario, el juez ponente Frankfurter, en nombre de la mayoría del Tribunal, había dictaminado que la inadmisibilidad de la cuestión impugnada por tres mujeres casadas, que desafiaban la constitucionalidad de la misma ley estatal sin que, por lo demás, se arriesgasen realmente a sufrir las consecuencias de su aplicación. Sin embargo, es precisamente recurriendo a las opiniones disidentes de los magistrados Harlan y, en especial, Douglas, a esta última decisión, donde con claridad se encuentran las huellas de los argumentos presentados por algunos de los amici curiae para demostrar la existencia de un derecho a la *privacy* que será plenamente acogido por Griswold.

El juez Douglas alegó en *Poe* una rica opinión disidente, en la cual sostuvo que la libertad contemplada en la Quinta y la Decimocuarta Enmienda debían abrirse a una lectura amplia y que, en el interior de estas «emanations of Liberty», era posible reconocer el derecho a la privacidad. Asimismo, dio cuenta de los fundamentos de la *privacy* en el *common law* y en la *due process clause* de la Decimocuarta Enmienda: al prohibir a los Estados interferir con las acepciones «implicit in the concept of ordered Liberty», la *due process clause* excluía la legitimidad constitucional de una ley estatal que, al prohibir los anticonceptivos, interfería en la intimidad matrimonial e invadía «the innermost sanctum of the home». De manera análoga, el juez Harlan invitó a abandonar una lectura formalista y meramente procesal de la *due process clause*, y a abrazar el equilibrio que derivaba entre la «liberty and the demands of organized society».

Esta idea de la privacidad conyugal, que inspiraba las opiniones disidentes de los jueces Douglas y Harlan es en gran parte deudora del *brief* presentado en el caso *Poe* por la American Civil Liberties Union (ACLU). En los apuntes personales de los dos jueces hay evidencias de que fue precisamente de ese escrito del que los jueces extrajeron la idea de presentarlo como una interferencia de la ley de Connecticut con un «aspect of marital conduct that is inherently private and beyond the reach of government». El memorando de la ACLU estaba dirigido casi por completo a presentar el derecho a la privacidad que, lejos de ser inédito, presumía –como posteriormente reiterará también la Corte– de un largo y consolidado pedigrí, invocado con frecuencia en los casos de *search and seizure* de la Decimocuarta Enmienda⁽⁹³⁾.

Cuatro años más tarde, con Griswold, la mayoría de la Corte terminará admitiendo en su totalidad esa concepción de la privacidad que, introducida por los alegatos de la ACLU, fue inicialmente aceptada solo por los jueces Harlan y Douglas. En el tiempo transcurrido entre uno y otro pronunciamiento, muchos Estados habían derogado sus propias leyes contrarias a la venta de anticonceptivos, si bien seguía habiendo

(92) 367 U.S. 497 (1961).

(93) *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928) y *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). Véase S. U. SAMUELS, *First among Friends. Interest Groups, the U.S. Supreme Court, and the Right to Privacy*, *cit.*, loc. 444.

seis Estados irreductibles. Mientras tanto, siempre en Connecticut, se había creado el *Planned Parenthood Center of New Haven*, cuya misión era ofrecer información científica para la prevención de los embarazos y para la planificación familiar de las parejas casadas. Apenas unas semanas después del inicio de su actividad, la administradora del centro, Esther Griswold, fue detenida junto con el director médico y se cerró la clínica.

En este caso, la opinión de la mayoría de la Corte Suprema fue redactada por el juez Douglas –quien vinculó la noción de privacidad a las Enmiendas Primera, Tercera, Cuarta, Quinta y Novena, así como a la Decimocuarta– acompañada por opiniones concurrentes de los jueces Goldberg, Harlan y White. Los mismos *amici curiae* que habían comparecido en *Poe* –además de la ACLU, que sin duda era la más incisiva, la *Planned Parenthood Foundation of America Inc.* y el ex presidente de la *American Bar Association*– se presentaron también en *Griswold*, con el único añadido del *Catholic Council on Civic Liberties*. También en este caso, «the impact of the amici is clearly discernible»⁽⁹⁴⁾ y, lo que es más importante, preparó el camino para la llegada de intervenciones cada vez más numerosas por parte de *amici*, y para una creciente expansión de la noción de *privacy*: de hecho, en *Griswold*, la Corte hizo uso por primera vez de algunas disposiciones constitucionales concretas para justificar una extensión de facto de su propio poder, pero se refirió a una lectura de las enmiendas comprensiva de un subtexto tan amplio (las penumbras del Bill of Rights) que exigió a los jueces un trabajo no solo técnico, sino casi artesanal. De esta manera, la lectura evolutiva y sustancial de la *due process clause* dejó una herencia muy contradictoria y ambigua, de la que surgió un margen más bien incierto y discrecional en el juicio de constitucionalidad del Tribunal Supremo. En definitiva, «(i)t was this heightened uncertainty, coupled with the Justices' need to rely on arguments and information that was not strictly legal, that opened the door to an expanded amicus role»⁽⁹⁵⁾.

Este asunto, aunque se remonta tiempo atrás, nos ayuda a avanzar hacia algunas consideraciones requeridas por el papel que hoy juegan los *amici curiae*. Asimismo, nos permite deducir que, en el sistema legal de Estados Unidos, el memorándum de un *amicus curiae* tiene tanto más sentido cuanto más los jueces saben cómo beneficiarse de él, por ejemplo, tomando prestados los argumentos para redactar sus opiniones, ya sean concurrentes o disidentes. Y es precisamente con relación a esta cuestión que surge el primer motivo de reflexión, es decir, la relación entre el disenso de los jueces y la aparición de los *amici curiae*.

El crecimiento exponencial de los *amici* y sus escritos en los años de posguerra hasta hoy⁽⁹⁶⁾ ha inundado a los jueces con una enorme cantidad de información y de

(94) *Ibid.*, loc. 512.

(95) *Ibid.*, loc. 665.

(96) Véase también J. D. KEARNEY y T. W. MERRILL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs on the Supreme Court*, en 148 *U. Pa. L. Rev.* 743 (2000).

argumentos legales que no siempre les ha ayudado a adoptar mejores sentencias⁽⁹⁷⁾. Pero es interesante notar que, paralelamente a la proliferación de los memorándum, también se produjo un aumento considerable de las decisiones no unánimes de la Corte Suprema, sin que parezca infundado explicar las acaloradas discusiones entre los jueces, al menos en parte, precisamente por los numerosos y diversos escritos recibidos, tal y como en cierta medida sucedió en Poe y Griswold. Como un fuego que arde polémico y lacerante, los escritos de los *amici* parecen alentar opiniones disidentes porque son capaces de encender la imaginación de los jueces con la propuesta de diferentes interpretaciones de la ley, nacidas de las muchas almas de la sociedad. Además, si se redactan con cierta precisión, los memorándum proporcionan una investigación básica sobre la posición representada, que los jueces podrían incluso aprovechar para redactar una opinión separada, con un importante ahorro de estudio y de tiempo⁽⁹⁸⁾. Muchas voces del exterior, por lo tanto, también parecen facilitar el aumento de las voces dentro de la Corte⁽⁹⁹⁾.

Habíamos mencionado también el peso de la actividad de lobby ejercida por las asociaciones, los grupos y las ONG que pretendían exponer sus razones ante los jueces. La misma transformación gradual del *amicus*, desde un papel neutral hasta una presencia partidista, de «amigo del tribunal» a «militante por una causa», ha implicado la exaltación del papel de algunos representantes de intereses difusos, que han terminado por transformar al Tribunal en una arena política ante la cual promover los intereses privados de grupos sociales, políticos o económicos⁽¹⁰⁰⁾. Para estos sujetos, «litigation is, first and foremost, a form of political action»⁽¹⁰¹⁾. Sucede así que el *amicus curiae* resulta ser amigo de una de las partes o, incluso, de quienes contribuyen económicamente a redactar y adjuntar los escritos⁽¹⁰²⁾. A ello

(97) S. M. SHAPIRO, *Amicus Brief in the Supreme Court*, en 10 *Litigation* 21 (1984).

(98) P. M. COLLINS, p. 163. A este respecto, debería desarrollarse un estudio sobre el papel de los académicos en la redacción de los *brief*. Para más información al respecto, se reenvía a R. ROESCH, S. L. GOLDING, V. P. HANS y N. D. REPPUCCI, *Social Science in the Courts*, en 15 *Law and Human Behavior* 1 (1991) y, más en general, A. KENT y J. TRINIDAD, *International Law Scholars as Amici Curiae: An Emerging Dialogue (of the Deaf)?*, en 29 *Leiden J. Int'l L.* 1081 (2016).

(99) Para una revisión empírica del impacto de los *amici curiae* en la disidencia de los jueces, véase también P. M. COLLINS, *Amici Curiae and Dissensus on the U.S. Supreme Court*, en 5 *J. Empirical Legal Stud.* 143 (2008).

(100) También puede suceder, a la inversa, que la admisión de ONG entre amigos curiae sea una herramienta útil para que un tribunal haga hincapié en su papel indirecto como *policy maker*. A este respecto, resulta instructiva la experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «(t)he adoption of the *amicus curiae* procedure is related to a particularly transformative moment in the ECtHR's history. The Court began to understand itself as not simply an instrument for conflict resolution in particular disputes but also as an institution whose pronouncements would have policy implications for all of Europe. The fact that the Court adopted the *amicus* procedure in the period when the Court started asserting its Europe wide policy-making role is noteworthy» (A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, *cit.*, p. 878).

(101) *Ibid.*, loc. 184.

(102) Véase A. WOHL, *Friends with Agendas*, en 82 *A.B.A. J.* 46 (1996) y S. F. WARD, *Friends of the Court are Friends of Mine*, en 93 *A.B.A. J.* 24 (2007), pero también L. SANDSTROM SIMARD, *An*

se añade que los mismos actores que tienen interés en presentarse como amici curiae, también actúan en la fase de confirmación de los jueces propuestos por el Presidente y bajo examen por el Senado, demostrando su capacidad q de tener un impacto nada despreciable en el voto de confirmación⁽¹⁰³⁾. En definitiva, si bien por un lado, la aportación de los *amici* es útil para mantener actualizado al Tribunal respecto de los movimientos de reivindicación y lucha que existen en el interior de la sociedad, por otro lado, lo somete a presiones, directas o indirectas⁽¹⁰⁴⁾, análogas a las que más habitualmente conciernen al legislador, particularmente en los casos más sensibles⁽¹⁰⁵⁾.

En la actual transformación de las propias ONG también se percibe el potencial político que se ejerció ante los tribunales bajo los ropajes de los *amici*. Este proceso de mutación se articula en tres direcciones. *In primis*, se habla de ONGización de la sociedad civil⁽¹⁰⁶⁾, esto es, de la traducción de los movimientos civiles y también de las comunidades más pequeñas, en ONG. Esto significa que la movilización espontánea de la sociedad civil para la búsqueda de valores y objetivos, por regla general mal organizada y con una estructura generalizada y horizontal, asumiendo cada vez con más frecuencia la forma de una organizaciones más profesionales, con organigramas verticales, que privilegian las salas de reuniones, las reuniones a puerta cerrada y las estrategias de comunicación⁽¹⁰⁷⁾ frente al movimiento de las plazas⁽¹⁰⁸⁾; en otras palabras, pasan del activismo a la *advocacy*, la promoción de

Empirical Study of Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?, en 27 *Rev. Litig.* 669 (2008), p. 700 ss.

(103) En este sentido, G. A. CALDEIRA, J. R. WRIGHT, *Lobbying for Justice: Organized Interests, Supreme Court Nominations and the U.S. Senate*, en 42 *Am. J. Polit. Sc.* 499 (1988), en particular sobre el proceso de confirmación de los jueces Robert Bork, David Souter e Clarence Thomas.

(104) W. MISHLER y R. S. SHEEHAN, *Public Opinion, the Attitudinal Model, and Supreme Court Decision Making: A Micro-Analytic Perspective*, en 58 *The Journal of Politics* 169 (1996) afirman que «The impact of public opinion is greatest among moderate justices who are likely to hold critical swing positions on the Court. [...] The effects of public opinion are in addition to significant agenda effects and suggest important refinements in the standard attitudinal model of judicial decision making».

(105) H. NORPORTH, J. A. SEGAL, W. MISHLER, R. S. SHEEHAN, *Popular Influence on Supreme Court Decisions*, en 88 *Am. Polit. Sc. Rev.* 711 (1944).

(106) S. LANG, *The NGOization of Feminism*, en J. W. SCOTT, C. KAPLAN y D. KEATES (ed.), *Transitions, Environments, Translations: Feminisms in International Politics*, Londres, Routledge, 1997, pp. 101-20.

(107) J. HABERMAS, *Structural Transformation of the Public Sphere*, Cambridge, MIT Press, 1989, habla de la «refeudalization of the public sphere» y subraya que la «publicity loses its critical function in favor of a staged display; even arguments are transmuted into symbols to which again one can not respond by arguing but only by identifying with them» (p. 206).

(108) «Today, the discipline's love affair with nonstate actors is starting to wane. Scholars are realizing that most nonstate actors are not what they seem to be. Rather than being progressive agents of change that are animated by altruism, nonstate actors span the political spectrum and, in terms of their engagements, are much like other political actors. They are self-interested entities engaged in advancing their own agendas [...] often non-democratic, hierarchical groups concerned with their financial and publicly perceived longevity» (P. WAPNER, *The State or Else! Statism's Resilience in NGO Studies*, en 9 *International Studies Review* 85 [2007]).

derechos⁽¹⁰⁹⁾. En particular, con referencia a la generación de los *baby boomer* y debido a muchos intereses con relieve político, las ONG tienden a sustituir a los partidos políticos y a los tradicionales grupos de interés⁽¹¹⁰⁾. En el interior de estas organizaciones profesionalizadas, lideradas más bien por expertos que por voluntarios, la transición del activismo a la *advocacy* exige la adopción de un lenguaje y un estilo comunicativo que está más orientado a la cultura de los posibles financiadores que a la protesta civil⁽¹¹¹⁾, porque la lógica es, ahora, la del éxito. El segundo componente de este fenómeno es la institucionalización de la *advocacy*, con la que las ONG participan cada vez más en las negociaciones con las instituciones y se convierten, ellas mismas, en actores institucionales⁽¹¹²⁾. Por último, las ONG actúan como *proxy public*, es decir, como delegadas de la opinión pública que representan las demandas sociales y económicas y, como tales, se convierten, para los gobiernos y las instituciones supranacionales, en interlocutoras de síntesis de la sociedad civil –la sociedad civil «*just one call away*»–. En definitiva, la combinación de estas tres direcciones abre tres desafíos: el aumento de los costes organizativos y la dependencia de los financiadores; la adopción de estructuras cada vez más cercanas a los centros de poder y la administración; y la inclinación más orientada a la consecución de resultados políticos que a la movilización y sensibilización de la opinión pública⁽¹¹³⁾.

A lo largo de los años, a medida que la práctica del *amicus curiae* se fue estableciendo con números cada vez más consistentes, y que la *ONGización* de la sociedad ganaba espacio, la participación de personas individuales se hizo cada vez más infrecuente, en tanto que la presencia de las organizaciones *mainstream* se multiplicaba⁽¹¹⁴⁾. En un estudio realizado tomando cuatro años como muestra –1950, 1968, 1982 y 1995– se comprobó que los *amici* que comparecen con más frecuencia ante la Corte Suprema son las asociaciones sectoriales (63%), los gobiernos estatales (41,5%),

(109) Observa S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 91 que «(e)mploying advocacy frames instead of activism frames thus signals more than a shift in political strategy. It indicates a changing relationship not only with political power but also with an NGO's constituency and with wider publics; it signals a tendency to practice speaking for instead of engaging with. This shift frames engagement with constituents in terms of a contract to represent rather than a coming together of critical voices. And it compels NGOs to offer pragmatic policy solutions within the confines of existing policy options instead of pursuing more general social, economic, and political change agendas. In terms of NGOs' professional ethos, it entails a "growing tension between a '24/7' and a '9-5' approach", oscillating between commitment to a social and political cause and a professionalized, more disengaged work ethic».

(110) *Ibid.*, p. 32.

(111) *Ibid.*, p. 92.

(112) K. ANNAN, *Emerging Power of Civil Society*, discurso pronunciado ante el grupo parlamentario Parlatino, en San Pablo de Brasil el 14 de julio de 1998 (nota de prensa extraída de <http://www.un.org/News/Press/docs/1998/19980714.sgsm6638.html>) y L. A. SALOMON, *Partners in Service: Government-Nonprofit Relations in the Modern Welfare State*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1995.

(113) S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 93.

(114) S. U. SAMUELS, *First among Friends. Interest Groups, the U.S. Supreme Court, and the Right to Privacy*, cit., loc. 112. Véase igualmente G. A. CALDEIRA y J. R. WRIGHT, *Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?*, en *52 Journal of Politics* 782 (1990).

los grupos de *public advocacy* (38,7%), los bufetes de abogados que patrocinan intereses públicos (37,2%) y el gobierno federal (36,4%)⁽¹¹⁵⁾. Los derechos civiles son invocados en el 60,2% de los *brief*⁽¹¹⁶⁾. Además de los argumentos jurídicos, los *brief* contienen propuestas de *policy* (19%) y observaciones relativas a la separación de poderes (6,9%)⁽¹¹⁷⁾. Si se revisan los memorándum depositados entre 1954 y 1980, se concluye que los grupos empresariales, las asociaciones sectoriales, las sociedades y asociaciones profesionales han presentado el 58% de todos los *brief*, mientras que el restante 42% proviene de organizaciones de interés público, grupos de consumidores, sociedades religiosas y organizaciones laborales⁽¹¹⁸⁾.

Los abogados más reconocidos y experimentados del *Supreme Court Bar*, es decir, del colegio de abogados que pueden ejercer representación ante la Corte Suprema, piden a otros abogados –también en la élite– que presenten escritos para orquestar juntos una «amicus strategy» –encontrar los argumentos que importan, los clientes que importan y los abogados que importan– y multiplicar así sus propias posibilidades ante los jueces. Por ejemplo, con ocasión del caso *King v. Burwell*, en el que se desafiaba la constitucionalidad de algunas disposiciones del Patient Protection and Affordable Care Act, el Gobierno federal reclutó a un abogado del *Supreme Court Bar* para que coordinase algunos *brief* que defendieran los intereses nacionales, dos de los cuales fueron citados por el Chief Justice Roberts en su opinión mayoritaria⁽¹¹⁹⁾. De manera similar, otros casos ilustran el papel de abogados prominentes que participan como *amici*, y de su influencia en los argumentos de los jueces⁽¹²⁰⁾. Si bien esta práctica no es del todo nueva, sí lo son las fuerzas que se activan para convertirla en una práctica rutinaria, así como el efecto acumulativo de

(115) P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, *cit.*, p. 60.

(116) *Ibid.*, p. 48.

(117) *Ibid.*, pp. 71, 60, 48.

(118) R. C. BRADLEY y P. GARDNER, *Underdogs, Upperdogs and the Use of the Amicus Brief: Trends and Explanations*, en 10 *The Justice System Journal* 78 (1985), p. 91.

(119) L. GREENHOUSE, *Op-Ed - The Roberts Court's Reality Check*, en *The New York Times*, 15 de junio de 2015.

(120) Véase, para el pronunciamiento *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003), K. J. LYNCH, *Best Friends? Supreme Court Law Clerks on Effective Amicus Curiae Briefs*, en 20 *J. L. & Pol.* 33 (2004), C. G. PHILLIPS, *Was Affirmative Action Saved By Its Friends?*, en N. DEVINS y D. M. DOUGLAS (ed.), *A Year at the Supreme Court*, Durham, Duke University Press, 2004 y D. O'NEIL GREEN, *Justice and Diversity: Michigan's Response to Gratz, Grutter, and the Affirmative Action Debate*, en 39 *Urb. Educ.* 374 (2004). Respecto de la decisión *Hollingsworth v. Perry*, 570 U.S. 693 (2013), A. LIPTAK, *Justices Say Time May Be Wrong for Gay Marriage Case*, en *The New York Times*, 26 de marzo de 2013. Por otro lado, representativo del papel de la academia, es el caso *Romer v. Evans*, en el que la Corte Suprema declaró inconstitucional un referéndum del Estado de Colorado que bloqueaba la entrada en vigor de la normativa estatal y local que defendía a los homosexuales frente a actos discriminatorios. Laurence H. Tribe, de la Harvard Law School, y otros ilustres profesores de derecho constitucional escribieron un *brief* que, aunque no fue citado explícitamente, imprimió una influencia decisiva en la *majority opinion* del juez Kennedy, en particular en lo relativo a la violación de la *Equal Protection Clause* de la Decimocuarta Enmienda (A. WOHL, *Friends with Agendas*, en 82 *A.B.A. J.* 46 [1996]).

estos esfuerzos, que son nuevos y no pueden compararse con lo acontecido previamente. Se alude a la *amicus machine* «to describe the origin of many amicus briefs today – a system where Supreme Court experts are responsible for recruiting amici and coordinating their messages to the Court»⁽¹²¹⁾.

Así pues, actualmente es un secreto de Pulcinella que respecto del Tribunal Supremo es cada vez más necesario un *amicus wrangler*⁽¹²²⁾ –literalmente un litigante, pero también un «pastor»– al objeto de reclutar a los mejores asesores legales y urdir la mejor estrategia para transmitir eficazmente la propia voz a los jueces. Los *brief* no pueden dejarse al azar, ni deben ser demasiados, ya que un número excesivo puede hacer que los más decisivos pasen desapercibidos⁽¹²³⁾. En resumen, casi parece que un «pro-business club of elite» esté trabajando para determinar el curso de la jurisprudencia más relevante de Estados Unidos⁽¹²⁴⁾. En este contexto, ¿qué proyección de la sociedad, con sus solicitudes y reivindicaciones, alcanza a los jueces del Tribunal Supremo? No es tan solo que, en muchas circunstancias, sean los propios Estados o las instituciones federales las que comparecen, sino que también muchas ONG y grupos de interés pueden tratar de diluir el poder contramayoritario de los tribunales⁽¹²⁵⁾.

Por último, las ONG operan cada vez más sobre una base transnacional, aprovechando las controversias que resultan adecuadas para promover sus convicciones ideológicas no solo en los tribunales más cercanos, sino también atentas a los que están fuera de sus propias fronteras y –solo en apariencia– lejos de sus centros de interés. Desde este punto de vista, el uso que hacen del instituto del *amicus curiae* es crucial. De hecho, algunas de ellas también presentan sus alegatos ante tribunales fuera de su propio ordenamiento de referencia, para facilitar así la circulación internacional de las causas que quieren favorecer y de los argumentos jurídicos útiles para promoverlas. Una extensa literatura académica demuestra que las redes transnacionales de *advocay*, de las cuales las ONG son *magna pars*, adoptan el ropaje de *amici* para influir en la interpretación que se hace de convenciones internacionales concretas.

Las ONG han alcanzado un grado de legitimidad y autoridad no sólo en varios países occidentales –y, en consecuencia, también en algunos lugares del Sur global–,

(121) A. ORR LARSEN y N. DEVINS, *The Amicus Machine*, cit., p. 1906.

(122) S. F. WARD, *Friends of the Court Are Friends of Mine*, en 93 A.B.A.J. 24 (2007).

(123) A. ORR LARSEN y N. DEVINS, *The Amicus Machine*, cit., p. 1907.

(124) R. J. LAZARUS, *Advocate Matters Before and Within the Supreme Court: Transforming the Court by Transforming the Bar*, en 96 *Geo. L.J.* 1487 (2008), p. 1531.

(125) Como es sabido, fue A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven Yale University Press, 1962 quien acuñó y expuso la naturaleza contramayoritaria de la Corte Suprema. Sin embargo, en un artículo igualmente famoso, R. A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, en 6 *J. Pub. L.* 279 (1957), expresó sus dudas sobre el papel de la Corte Suprema en la protección de las minorías frente al poder de las mayorías, así como de su efectiva naturaleza contramayoritaria de su control. Sobre la longevidad de esta teoría, puede verse G. ROSENBERG, *The Road Taken: Robert A. Dahl's Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, en 50 *Emory L. J.* 613 (2001).

sino también a escala internacional. Así lo demuestra el papel consultivo que se les ha dado en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC)⁽¹²⁶⁾, y el número de ONG que operan a nivel internacional: solo por mencionar algún dato indicativo, de 1994 a 2009, las ONG constituidas ante el ECOSO pasaron de 41 a 3.172⁽¹²⁷⁾. Desde el año 2000 en adelante, se han incluso triplicado⁽¹²⁸⁾. El Global Civil Society Yearbook 2004/2005 ha contado 17.952 ONG activas a escala internacional⁽¹²⁹⁾, mientras que el Yearbook of International Organizations 2005/2006 da cuenta de 51.509⁽¹³⁰⁾.

Veamos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El 68 por ciento de los *amici* que se presentan en Estrasburgo está formado por ONG⁽¹³¹⁾. Como muestran los datos oficiales del TEDH, en el ranking de los diez principales sujetos que presentaron el número más alto de escritos a la Gran Sala hasta 2014 aparecen, además de los gobiernos de Eslovaquia (tercero), República Checa (cuarto), Polonia (quinto) y Reino Unido (séptimo), las ONG Amnistía Internacional⁽¹³²⁾ (primera), *Liberty*⁽¹³³⁾ (segunda), el *International Centre for the Legal Protection of Human*

(126) Para ser acreditada ante el Consejo Económico y Social, una ONG que no haya sido fundada por una agencia gubernamental o mediante un acuerdo intergubernamental debe, ante todo, ocuparse de cuestiones que sean competencia del Consejo Económico y Social y sus órganos subsidiarios; sus propósitos deben estar en consonancia con el espíritu, los propósitos y los principios de la Carta de las Naciones Unidas; debe tener una reputación reconocida y un carácter representativo dentro del campo particular de su competencia; debe tener un estatuto adoptado democráticamente, una estructura representativa y también debe contar con mecanismos de transparencia adecuados para sus miembros. Aunque estos requisitos deberían exigir un cierto nivel de democracia y representatividad de las ONG., el proceso parece largo y complejo, ya que la evidencia es que estas garantías de democracia y transparencia solo son débiles en la práctica. (en este sentido, R. LEHR-LEHNARDT, *NGO Legitimacy: Reassessing Democracy, Accountability and Transparency*, en 6 *Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference*, p. 35, extraído de http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/6).

(127) United Nations ECOSOC, *Accredited NGOs*, 2009, extraído de <http://www.un.org/esa/coordination/ngo> y United Nations ECOSOC, *Consultative Status with ECOSOC*, 2009, extraído de <http://www.un.org/esa/coordination/ngo>.

(128) S. LANG, *NGOs, Civil Society, and the Public Sphere*, cit., p. 13.

(129) H. K. ANHEIER, M. GLASIUS y M. KALDOR (ed), *Global Civil Society 2004/5*, Londres, Sage, 2004.

(130) *Union of International Organizations 2005/6. Statistics on International Organizations*, 2004, extraído de <http://www.uia.org/statistics/organizations/types-2004.pdf>.

(131) A. DOLIDZE, *Bridging Comparative and International Law: Amicus Curiae Participation as a Vertical Legal Transplant*, cit., p. 864.

(132) Amnistía Internacional tiene su sede en Londres y fue fundada en 1961 por el abogado británico Peter Benenson con el objetivo de ayudar a construir un mundo en el que cada persona pudiera disfrutar de la protección de los derechos humanos que ofrecen la Declaración Universal de Derechos Humanos y las instituciones internacionales. En 1977, recibió el Premio Nobel de la Paz por su compromiso con la protección de la dignidad humana contra la tortura y, al año siguiente, el Premio de las Naciones Unidas en la Esfera de los Derechos Humanos. Su sitio web oficial es: www.amnesty.org.

(133) La ONG *Liberty* (renombrado en 1989) fue fundada por Ronald Kidd y Silvia Crowther-Smith en el Reino Unido como la *National Council for Civil Liberties* (NCCL) eb 1934, tras la National Hunger March de 1932. Su primer presidente fue el novelista E. M. Forster, y H. G. Wells, Clement Attlee y Harold Laski, entre otros, formaron parte del primer comité de dirección. Entre las muchas batallas políticas llevadas a cabo

Rights⁽¹³⁴⁾ (sexto), *Justice*⁽¹³⁵⁾ (octavo), el *European Centre for Law and Justice*⁽¹³⁶⁾ (noveno) y la *International Commission of Jurists*⁽¹³⁷⁾ (décima). Quién habla dentro de estas ONG, y en nombre de quién, es la pregunta relevante para comprender las estrategias de estos sujetos y su actitud democrática.

Si bien el *European Centre for Law and Justice* es solo la novena con relación a los escritos presentados ante la Gran Sala, es, sin embargo, la segunda ONG más grande de las que actúa ante el TEDH y, sobre todo, es la única que tiene su sede en los Estados Unidos y no en una ciudad europea. Este es un ejemplo muy instructivo de cómo algunas ONG se equipan para promover política e institucionalmente sus causas en todo el mundo⁽¹³⁸⁾, con la convicción de que lo que sucede en un contexto jurídico determinado, incluso lejos del propio, puede influir directa o indirectamente

en las décadas de actividad, tras los resultados de las elecciones políticas de 2015, lideró la campaña contra la eventual derogación del Human Rights Act de 1998. Su sitio web oficial es: www.libertyhumanrights.org.uk.

(134) El *International Centre for the Legal Protection of Human Rights* nació en Londres en 1982 con el objetivo de apoyar el liderazgo y la protección legal a favor de los derechos humanos. A pesar de recibir casi dos millones de dólares de la Fundación MacArthur entre 2000 y 2012, para financiar sus muchos frentes de esfuerzo, incluida la implementación del sistema africano de garantía de derechos humanos y la participación como *amicus curiae* en casos relacionados con el derecho a la educación de las niñas embarazadas en Uganda, en 2014 se vio obligado a cerrar sus puertas debido a las constantes dificultades de soportar los costes organizativos. Su sitio web oficial, todavía activo, es: www.interights.org.

(135) *Justice* tiene su sede en Londres y comenzó su compromiso con los derechos humanos en 1983 con el particular objetivo de incorporar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos en la legislación británica, comenzando con el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Fue la primer ONG que compareció como *amicus curiae* ante el TEDH. Es una de las principales protagonistas en la defensa del Human Rights Act de 1998, y ha aparecido como *amicus* en todas las causas en las que estaba en juego su aplicación. El Consejo de dirección está presidido por la Baronesa Kennedy of the Shaws QC. Su sitio web oficial es: www.justice.org.uk.

(136) El *European Centre for Law and Justice* es el brazo europeo del American Center for Law and Justice con sede en Washington D. C. y es el nombre asumido (*d/b/a, doing business as*) por el Christian Advocates Service Evangelism Inc. En el sitio web de la matriz estadounidense, pero no en el europeo, se puede leer que se trata de «a tax-exempt, not-for-profit, religious corporation as defined under Section 501(c)(3) of the Internal Revenue Code, specifically dedicated to the ideal that religious freedom and freedom of speech are inalienable, God-given rights. The Center's purpose is to engage legal, legislative and cultural issues by implementing an effective strategy of advocacy, education and litigation to ensure that those rights are protected under the law. The organization has participated in numerous cases before the Supreme Court, Federal Court of Appeals, Federal District Courts, and various state courts regarding freedom of religion and freedom of speech». Al margen de la europea, tiene también una rama en Europa oriental (Slavic Centre for Law and Justice) y en Africa (African Centre for Law and Justice), y está afiliado al Be Heard Project para la protección de los derechos de los creyentes y las iglesias perseguidas. El sitio web oficial de la rama europea es: www.eclj.org, y de la americana: www.acjl.org.

(137) La *International Commission of Jurists* tiene su sede en Ginebra. Creada en 1952, y activa en cinco continentes, está compuesto por sesenta eminentes jueces y abogados de todo el mundo con el objetivo de promover el desarrollo y la eficacia de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; garantizar la persecución de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales; salvaguardar la separación de poderes y garantizar la independencia del poder judicial y de la abogacía. Su comité presidencial incluye tres académicos y jueces de los Estados Unidos, Argentina y Serbia. Su sitio web oficial es: www.icj.org.

(138) Pero no resulta sorprendente que la Corte Suprema de los Estados Unidos sea más bien impermeable a los *amici curiae* extranjeros. Véase S. A. PLASS, *The Foreign Amici Dilemma*, en 1995 *BYU L. Rev.* 1189 (1995).

en la situación del Estado en el que se fundó la ONG y en el que opera de manera principal⁽¹³⁹⁾.

En otras palabras, las ONG se mueven en un escenario transnacional y para ellas tiene importancia comparecer incluso ante tribunales que no pueden afectar directamente a las situaciones que para ellas son más relevantes, dada la certeza de que se produce una *cross-fertilisation*, y que la contaminación entre la jurisprudencia comienza antes de que se decidan las sentencias. Si pensamos, por ejemplo, en el pronunciamiento *Lawrence v. Texas*⁽¹⁴⁰⁾, en el que la Corte Suprema declaró en 2003 la inconstitucionalidad de las leyes estatales que todavía criminalizaban la sodomía, revocando su propia decisión de diecisiete años antes⁽¹⁴¹⁾, resultaron ciertamente cruciales, en aquel lapso temporal, las resoluciones de algunas cortes supremas estatales en pos de una protección más intensa de la libertad sexual de los homosexuales⁽¹⁴²⁾. Sin embargo, lo que destaca de manera excepcional en *Lawrence* es la mención de la Corte Suprema a la jurisprudencia del TEDH sobre la materia⁽¹⁴³⁾ cuando se refiere a los «values we share with a wider Civilization»⁽¹⁴⁴⁾. Para algunas ONG que no han logrado que las razones de su caso prevalezcan en su ordenamiento jurídico, el trabajo continúa en otras jurisdicciones, con la esperanza de poder generar una contratendencia de pensamiento y jurisprudencia y cierta contaminación. Y el papel de *amicus curiae* es la herramienta ideal para poner en acción esta *advocacy transnacional*⁽¹⁴⁵⁾.

Es lo que la literatura llama el *boomerang pater of influence*: cuando los canales entre las instituciones de un determinado contexto nacional y las ONG se interrumpen, estas últimas piensan en sortear al Estado que no les resulta accesible y buscar aliados en la escena internacional para ejercer una presión favorable sobre su propio ordenamiento. De esta manera, la respuesta internacional amplifica las

(139) En el TEDH, el *European Centre for Law and Justice* y la *Alliance Defending Freedom* son particularmente conocidas, pero el *Becket Fund*, la *American United for Life*, el *International Center for Law and Religion Studies* de la *Brigham Young University* y el *Family Research Council* han intervenido en varias ocasiones.

(140) 539 U.S. 558 (2003).

(141) *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

(142) *Commonwealth of Kentucky v. Wasson*, 842 S.W.2d 487 (1992), *Campbell v. Donsundquist*, 926 S.W.2d 250 (1996), *Gryczan v. Montana*, 942 P.2d 112 (1997), *Powell v. State*, 510 S.E.2d 18 (1998). De manera casi contemporánea a *Lawrence*, la Massachusetts Supreme Judicial Court dictó la sentencia *Goodridge v. Department of Public Health* (798 N.E.2d 941 [Massachusetts 2003]) por la que, por primera vez, se ordenó al legislador estatal que en el plazo de 180 días adaptase el ordenamiento a la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, para que fuera equiparado al matrimonio heterosexual de acuerdo con la Constitución de Massachusetts.

(143) *Dodgson v. United Kingdom*, n. 7525/76, *Norris v. Ireland*, n. 10581/83, *Modinos v. Cyprus*, n. 15070/89.

(144) Véase M. A. CASE, *Of «This» and «That» in Lawrence v. Texas*, en 2003 *Sup. Ct. Rev.* 75 (2003), p. 122 ss.

(145) K. SIKKINK, *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions are Changing World Politics*, New York-Londres, W.W. Norton, 2011.

demandas de la ONG, le abre puertas en el espacio público y puede contribuir a apoyar el debate interno⁽¹⁴⁶⁾.

Tres ejemplos pueden ayudar a comprender mejor el fenómeno del que estamos hablando⁽¹⁴⁷⁾. El primero implica precisamente al *European Centre for Law and Justice*, que intervino como *amicus* ante el Tribunal Constitucional de Eslovaquia en contra de una ley que permitía la interrupción voluntaria del embarazo hasta las doce semanas⁽¹⁴⁸⁾. El segundo afecta a las ONG estadounidenses *Advocates International*⁽¹⁴⁹⁾ y *Alliance Defending Freedom*⁽¹⁵⁰⁾, que apoyaron al pastor Ake Green, condenado penalmente en Suecia por un sermón homófobo: el apoyo que le ofrecieron estas organizaciones incluyó la presentación –en calidad de *amici curiae* ante el Tribunal Supremo sueco– de escritos (que posteriormente se revelaron como aparentemente irrelevantes), apoyados en esta función por otras ONG, incluidas el *Becket Fund*⁽¹⁵¹⁾, el *Family Research Council*⁽¹⁵²⁾, el *Focus on the Family*⁽¹⁵³⁾, la *Christian Legal Fellowship canadiense*⁽¹⁵⁴⁾ y la *Jubilee Campaign*

(146) M. E. KECK y K. SIKKINK, *Activists beyond Borders. Advocacy Networks in International Politics*, Ithaca, Cornell University Press, 1998, pp. 19-20.

(147) Se ocupa al respecto, con original intuición, C. McCRUDDEN, *Quando i giudici parlano di Dio. Fede, pluralismo e diritti umani davanti alle Corti*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 93 ss.

(148) Tribunal Constitucional eslovaco, decisión PL. ÚS 12/01, n. 1/2007.

(149) *Advocates International*, con sede en Alexandria, Virginia, es una «worldwide fellowship of advocates bearing witness of Jesus Christ through the legal aid». Sus *partner* son la *Christian Legal Society*, la *Religious Liberty Partnership*, la *ADF International*, el *Peacemaker Ministries*, la *Jubilee Campaign*, la *World Evangelical Alliance*, y la *Federacion Inter Americana de Juristos Cristianos*. Su sitio web oficial es: www.advocatesinternational.org.

(150) La *Alliance Defending Freedom*, actualmente *Alliance Defense Fund*, fue fundada en 1993 y tiene su sede en Scottsdale, Arizona. Debido a sus recursos financieros, carga de trabajo y red de abogados afiliados, es considerada la ONG de asistencia legal de inspiración cristiana mejor organizada y más influyente. Su sitio web oficial es: www.adflegal.org.

(151) El *Becket Fund for Religious Liberty* se fundó en 1994 y tiene su sede en Washington D.C. Su misión se describe a sí misma como en línea con el llamado *acomodacionismo*, a saber, la reinterpretación de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos a favor de una idea de la libertad religiosa como un derecho positivo, cuyo ejercicio debe, por lo tanto, ser facilitado por la acción del gobierno. Obviamente, el *acomodacionismo* se encuentra en tensión con el principio de separación de la Iglesia y el Estado enunciado por el *Establishment Clause* y por la *Free Exercise Clause* de la Primera Enmienda. Su sitio web oficial es: www.becketfund.org.

(152) El *Family Research Council* es una ONG fundamentalista protestante, fundada en 1983 a Washington D. C. Su acción está dirigida a la promoción y protección de los valores de la familia tradicional, por lo que sus campañas están dirigidas contra las políticas de derechos LGBT (leyes contra la discriminación, matrimonio homosexual, uniones homosexuales, adopción), de la pornografía, del aborto, del divorcio y de la investigación con células madre. Su sitio web oficial es: www.frc.org.

(153) El *Focus on the Family*, creado en 1977 en Colorado Springs, es una ONG fundamentalista cristiana comprometida con la enseñanza y afirmación del creacionismo, los roles de género y la abstinencia sexual. Su sitio web es: www.focusonthefamily.com.

(154) La *Christian Legal Fellowship* es la asociación nacional canadiense de abogados cristianos y estudiantes de las leyes cristianas, fundada en 1979 y con sede en Ontario. Su sitio web oficial es: www.christianlegalfellowship.org.

inglesa⁽¹⁵⁵⁾. Por último, el tercer asunto nos lleva ante el Tribunal Constitucional de Rumanía que, dos semanas antes de la celebración del referéndum popular del 6 y 7 de octubre de 2018, convocado por el impulso de tres millones de firmas recogidas por la asociación *Coalitia pentru Familie*, contra la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo, decretó que las parejas homosexuales gozan de los mismos derechos a la intimidad y a la vida familiar que las parejas heterosexuales⁽¹⁵⁶⁾. La *Alliance Defending Freedom* se presentó como *amicus curiae* en apoyo de una ONG local –la *Alliance of Romania's Families*, modelada a imagen de sus homólogas estadounidenses– que había auspiciado esta posibilidad de consulta popular. A esta acción le correspondió el memorándum presentado por otra ONG local, *ACCEPT*, también asistida por otras asociaciones transoceánicas, pero que, por el contrario, invocaba los estándares internacionales para la protección de los derechos de las parejas del mismo sexo contra la enmienda propuesta por el referéndum. En la actualidad, por lo tanto, los grupos conservadores estadounidenses (incluidas las ONG de inspiración religiosa) han aprendido a emular las estrategias que históricamente han pertenecido a los grupos progresistas⁽¹⁵⁷⁾.

Los tribunales que, como el de Estrasburgo, pero también los tribunales constitucionales de algunos Países, se encuentran en el centro de un pluralismo de voces y de reivindicaciones que quieren condicionar los resultados de los pronunciamientos que abordan las cuestiones que están en el centro de su misión civil, están expuestos a la propaganda política de algunos grupos de interés, así como a la representación de las peticiones de individuos y comunidades menos visibles que, sin esta posibilidad, serían completamente pasados por alto. Es un hecho que «(a)bsent submissions by amici in support of their positions, courts might lose sight of arguments favoring underprivileged litigants or be inadequately directed to focus on competing considerations that affect them»⁽¹⁵⁸⁾. Por un lado, por tanto, las ONG han explotado, tanto en América como en Europa, la institución del *amicus curiae* para tratar de influir en las decisiones de los tribunales⁽¹⁵⁹⁾; pero, por otro lado, resulta que, en algunos

(155) La *Jubilee Campaign* es una ONG con sede en Fairfax, Virginia, que promueve los derechos humanos y la libertad religiosa de las minorías étnicas y religiosas en países como Pakistán, Irán, Irak, Siria, Egipto, Nigeria, China, Corea del Norte, entre otros. Ayuda a las personas y familias que buscan asilo en los países occidentales que huyen de la persecución religiosa y trabaja por la mejora de las condiciones de vida de los grupos más grandes de refugiados debido a la persecución religiosa. Su sitio web oficial es: www.jubileecampaign.org.

(156) El referéndum de los días 6 y 7 de octubre de 2018 se celebró de todos modos, pero al haber participado solo un porcentaje de votantes del 21,1%, no se superó el quórum del 30% de electores exigido para resultar válido.

(157) Sobre esta cuestión, véase C. BOB, *The Global Right Wing and the Clash of World Politics*, New York, Cambridge University Press, 2012.

(158) M. SCHACHTER, *The Utility of Pro Bono Representation of U.S.-Based Amicus Curiae and in Non- U.S. and Multi-national Courts as a Means of Advancing Public Interest*, en 28 *Fordham Int'l L. J.* 88 (2004), pp. 137-38.

(159) A. A. MOHAMED, *Individual and NGO Participation in Human Rights Litigation Before the African Court of Human and Peoples' Rights: Lessons From the European and Inter-American Courts of Human Rights*, en 8 *M.S.U. J. Int'l L.* 377 (1999), p. 384.

casos, los tribunales han sido más capaces de reconocer los vicios de la legitimidad constitucional cuando había *amici* que ayudaran⁽¹⁶⁰⁾. Por lo demás, está fuera de toda duda razonable que el *amicus curiae* es una institución jurídica que ha evolucionado con el tiempo bajo la ficción de una inmutabilidad superficial del uso antiguo⁽¹⁶¹⁾. Al convertirse más en un «amigo de las partes» que en un «amigo de la corte», parece haber perdido de vista el propósito para el que se introdujo en la antigüedad. Lo cierto es que, una vez que se entra en el vórtice de la controversia para representar los propios intereses, es completamente irreal esperar que los *amici* actúen con la neutralidad de los orígenes.

(160) Así lo demostró un estudio de 1994 sobre el TEDH, según el cual las vulneraciones se detectaron en el 75 por ciento de los casos que implicaba *amici curiae* y solo en el 50 por ciento en casos sin amigos. Al respecto, Dinah Shelton, *Non-Governmental Organizations and Judicial Proceedings*, en 88 *Am. J. Int'l L.* 611 (1994), p. 637.

(161) S. KRISLOV, *The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy*, cit., p. 720.