

Clínica jurídica de interés público

Un modelo alternativo de enseñanza
de la práctica profesional



PROGRAMA DE FORMACIÓN
EN ÁREAS DE VACANCIA
DE LA **ABOGACÍA**

2017

PRÁCTICA PROFESIONAL

Clínica jurídica de interés público

Un modelo alternativo de enseñanza
de la práctica profesional



PROGRAMA DE FORMACIÓN
EN ÁREAS DE VACANCIAS
DE LA **ABOGACÍA**

2017

ISBN: en trámite

Clínica jurídica de interés público. Un modelo alternativo de enseñanza de la práctica profesional

1ra. edición: junio de 2018

Editado por Ediciones SAIJ de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,

C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Correo electrónico: ediciones@saij.gob.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.bibliotecadigital.gob.ar

Los artículos contenidos en esta publicación son de libre reproducción en todo o en parte, citando la fuente.

Distribución gratuita. Prohibida su venta.

DIRECTOR

OSCAR FLORES

ÍNDICE

página

Presupuestos teóricos y filosóficos de la implementación de las Clínicas Jurídicas de Interés Público en la enseñanza del derecho.....1

1. Introducción y objetivo.....1
2. Formalismo jurídico y enseñanza del derecho2
3. El realismo jurídico y la crítica al formalismo 3
4. La enseñanza clínica del derecho: lejos del formalismo y heredera del realismo..... 5
5. Cómo se transmite el conocimiento en las CJIP 6
6. El derecho como conflicto y construcción social: la interdisciplinariedad en la propuesta clínica..... 6
7. La perspectiva instrumental: el derecho y la política..... 9

Cambios en la Cultura Jurídica Argentina. El camino hacia un nuevo paradigma significativo para la enseñanza del derecho 11

1. Introducción.....11
2. Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.... 12
3. La reforma constitucional de 1994 12
4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación..... 16
5. Colofón..... 27
6. Constitucionalización y descodificación del derecho privado..... 28
7. Colofón 32
8. Quiebre con el paradigma formalista..... 32

Las intervenciones judiciales de impacto público: litigios estratégicos, estructurales y de interés público35

1. Introducción..... 35
2. Derecho de interés público. Litigio de derecho público. Litigio de interés público..... 36

3. Litigio estructural	36
5. La pretensión regulativa de las decisiones judiciales.....	40
6. La función remedial	41
7. Desarrollo de alternativas innovadoras en materia procesal	42
8. Otras formas de participación en los procesos judiciales: amicus curiae y audiencias públicas. Introducción de nuevas voces en el proceso judicial	42
9. Posibles desafíos y dificultades en el área de litigio en la Clínica Jurídica de Interés Público	45
10. Actividades.....	47
Cómo implementar la pedagogía clínica en las aulas de Derecho	49
1. Introducción y objetivos	49
2. El método clínico de enseñanza del derecho. Origen. Alcance. Tensión con la enseñanza tradicional del derecho.....	49
3. Sobre el docente clínico	52
4. Habilidades y destrezas que se esperan desarrollar en los alumnos	53
5. ¿Cuáles son las estrategias pedagógicas necesarias para la enseñanza clínica del derecho en el aula?	56
Conclusión	59
Referencias Bibliográficas	61
Referencias jurisprudenciales	67

CAPÍTULO I

PRESUPUESTOS TEÓRICOS Y FILOSÓFICOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS CLÍNICAS JURÍDICAS DE INTERÉS PÚBLICO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

LUIS MARÍA OUSSET - MARTÍN GANDUR

1. Introducción y objetivo

Este capítulo tratará de abordar los fundamentos teóricos sobre los cuales se asientan las clínicas jurídicas como propuesta de enseñanza del derecho. Dadas sus características, entendemos que la enseñanza clínica, al tiempo que se identifica con ciertos paradigmas del derecho, es incompatible con otros. Bajo esta perspectiva, el desarrollo de este apartado del manual tendrá como objetivo mostrar por qué las clínicas jurídicas de interés público (en adelante, CJIP) se inscriben en enfoques ajenos al formalismo jurídico para asentarse sobre paradigmas realistas del derecho, y cuáles son los elementos que, creemos, dan cuenta de nuestra afirmación.

Para ello, y en cumplimiento del objetivo del capítulo, primero describiremos al paradigma que ha prevalecido en la tradición jurídica continental –esto es, el formalismo jurídico– y sus implicancias en la enseñanza del derecho. Luego, expondremos las críticas teóricas más importantes que el realismo jurídico atestó contra aquella forma de concebir al derecho. En la tercera sección, la más argumentativa de este trabajo, intentaremos mostrar en qué aspectos específicos (y cómo) observamos que los presupuestos teóricos y filosóficos del realismo jurídico permean en la enseñanza clínica del derecho.

2. Formalismo jurídico y enseñanza del derecho

Históricamente, el formalismo jurídico ha concebido al derecho como un sistema:

- 1) cerrado, cuyos contenidos son fijos e inmutables;
- 2) completo y comprensivo, ya que contiene respuestas preexistentes a todos los conflictos jurídicos;
- 3) que tiene como virtud la abstracción y generalidad, y como ideal jurídico a la certeza y previsibilidad;
- 4) que se aplica a la realidad a través de la operación intelectual lógico-deductiva por parte de los jueces;
- 5) que tiene a la doctrina de la separación de poderes como elemento inherente y necesario; y
- 6) cuyas normas poseen conceptos jurídicos que constituyen la herramienta principal para el razonamiento jurídico (“conceptualismo”).⁽¹⁾

Dado que no es objeto de este capítulo el rastrear los orígenes y causas que hicieron que este paradigma prevaleciera en la región, solo diremos, en general, que este fenómeno es atribuido a la tradición codificadora, en especial a la concepción “napoleónica” del derecho (Böhmer, 1996, p. 138; Saba, 2008, p. 3).

Así formulada, la concepción formalista, en virtud de su primacía en Latinoamérica, ha tenido grandes implicancias en relación a la enseñanza del derecho en nuestro país. Si el derecho –creado casi exclusivamente por el poder legislativo– está integrado por principios y reglas a los cuales se los adjetiva como ciertos, inalterables y predecibles; si en este contenido se encuentran todas las respuestas a los problemas jurídicos existentes y por existir en el futuro; si la norma se aplica a los hechos mediante la actividad mecánica del juez; y si, en los pocos casos en los que aquel debe interpretar una regla (lagunas o ambigüedades), el significado es brindado por la “lógica interna de los conceptos jurídicos” (Pérez Llandó, 1993), entonces la enseñanza legal se reduce a transmitir exitosamente aquellos principios y reglas inmutables. A mayor abundamiento, se podrán enseñar los distintos criterios de interpretación jurídica, los cuales surgirán indefectiblemente de los materiales jurídicos en sí, reduciendo con ello el espectro de la actividad crítica del estudiante y soslayando a la vez, en forma intencionada, que “... el discurso jurídico debe, pues, comprenderse y evaluarse no solo por lo que descarta de sí, sino por lo que atestigua con esa exclusión” (Cárcova, 2001, p. 31).

Como se discutirá con mayor profundidad en los próximos capítulos, el paradigma formalista –dadas sus características y concepciones– ha provocado que la enseñanza del derecho, cuyo conocimiento no requiere ser construido

(1) Para esta brevísima caracterización del paradigma formalista, seguimos a Martín Böhmer (1996, pp. 138-139); Juan A. Pérez Lledó (1993, p. 293); Roberto Saba (2008, p. 2); y Christian Courtis (2007, pp. 10-11).

sino descubierto, se convierta en una práctica unilateral que consiste en la capacidad del docente en hacer conocer a los estudiantes aquellos principios y normas de la forma más detallada posible. A su vez, el alumno toma nota y luego repite el contenido de la clase magistral brindada por el profesor.

3. El realismo jurídico y la crítica al formalismo

En la literatura relacionada al movimiento clínico es un lugar común la afirmación de que aquel tiene como origen al realismo jurídico (González Morales, 2007, p. 189; Abramovich, 2007, p. 96; Munger, 1980, p. 716; entre otros). Asimismo, este paradigma ha sido el responsable de la llamada “revuelta contra el formalismo” (White, 1949). La idea de este apartado es, entonces, revisar brevemente cuáles han sido las principales críticas hacia el formalismo por parte del realismo jurídico, y sus propuestas con relación al conocimiento del derecho. Estas indagaciones nos ayudarán a mostrar, en la siguiente sección, cómo y por qué la enseñanza clínica del derecho se inscribe en paradigmas críticos.

La base de la crítica realista reside en la teoría de la indeterminación jurídica (en tanto teoría sobre la decisión judicial). El derecho, en la práctica –afirman los realistas– es indeterminado en doble sentido: en forma racional, ya que las razones jurídicas no justifican una única decisión para un caso; y en forma causal o explicativamente indeterminada, dado que las normas no son suficientes para explicar porqué un juez decide en cierto modo (Leiter, 2015, p. 243). Con la primera afirmación, el realismo quiere decir que existen principios incompatibles para la interpretación de las normas y antecedentes judiciales. Para ilustrar esto, siguiendo a Diana Kapiszewski (2006, p. 5), vamos a utilizar como ejemplos a unas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

En el caso “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/acción de amparo” (2003), la CSJN declaró la inconstitucionalidad del régimen conocido como “corralito” (congelamiento de cuentas bancarias decretado en ese entonces por el gobierno nacional) y pesificación (conversión de cuentas en dólares a pesos devaluados). El tribunal entendió que “el decreto que establecía la conversión forzosa había sido emitido a través de un procedimiento inconstitucional que violaba los derechos de propiedad y que era una respuesta irrazonable y carente de equidad respecto a la crisis” (Kapiszewski, p. 5). Sin embargo, en 2004 la Corte emitió el fallo “Bustos, Alberto Roque y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ amparo” (2004), considerando que la conversión forzosa de fondos era constitucional y que “las medidas adoptadas representaban una respuesta razonable a la crisis y que ante todo era necesario priorizar el bien común por sobre los intereses individuales” (Kapiszewski, pp. 5 y 6).

Para ilustrar desde una perspectiva diferente estas aparentes contradicciones en la práctica del derecho, podemos tomar otra serie de sentencias de la CSJN. En el caso “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización” (1980), los

jueces entendieron que cuando la interpretación literal de una norma arribaba a conclusiones disvaliosas, debía ser interpretada dando preeminencia a su espíritu y al conjunto armónico del ordenamiento jurídico, ya que:

... de lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una **tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho** y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia (considerando 12 del voto mayoritario de los jueces).⁽²⁾

Sin embargo, dos años antes, en el caso “Recurso de hecho deducido por Ramón Ignacio Ríos Pérez en la causa Ríos, Ramón y Poblete, José s/ sumario” (1978), la CSJN había afirmado tajantemente que “no corresponde a los jueces sustituir al legislador, sino **aplicar la norma tal como éste la concibió**, y que está vedado a los tribunales el juicio sobre el mero acierto o conveniencia de disposiciones adoptadas por los otros poderes en ejercicio de sus propias facultades”(considerando 8° del voto unánime).⁽³⁾

¿Cómo se explican estos comportamientos desde el razonamiento ofrecido por las normas jurídicas? No es posible. En realidad, tenemos soluciones contradictorias ante casos sustancialmente iguales. Si pensamos que los disímiles criterios de interpretación utilizados por la CSJN (por ejemplo, **el derecho a la propiedad no puede ser vulnerado bajo pretexto de una crisis económica general vs. en situaciones de emergencia los derechos individuales deben ceder ante el interés general**; o **a los jueces deben aplicar mecánicamente el derecho siempre vs. la interpretación literal de las normas debe descartarse cuando arriba a consecuencias inconvenientes**) poseen la misma jerarquía, podemos concluir que las reglas jurídicas empleadas por los jueces en su argumentación en realidad no determinan una decisión “correcta” para cada caso, sino, al menos en estos casos, dos soluciones jurídicas igualmente válidas.

Esto está relacionado con la segunda afirmación realista sobre la indeterminación causal o explicativa. Si el derecho no ofrece una respuesta única a determinado conflicto jurídico, y los jueces pueden arribar a decisiones contradictorias ante un mismo caso, el derecho desaparece como el factor exclusivo que motiva el sentido de la sentencia judicial. En otras palabras, ya que las normas no son (al menos) suficientes para determinar la solución a un conflicto judicial, los jueces deben recurrir a elementos extrajurídicos para decidir en la forma en que lo hacen.

Así, la teoría de la indeterminación jurídica derrumbó las ilusiones de certeza, predictibilidad y mecanicismo del derecho asumidas por el formalismo.

(2) El destacado nos pertenece.

(3) El destacado nos pertenece.

En especial, los realistas criticaron el conceptualismo jurídico formalista en cuanto este atribuyó propiedades trascendentales imaginarias o esencias inteligibles a los conceptos o palabras que surgen en una disputa jurídica. Una especie de exaltación de la ficción. Sin embargo, afirman desde el realismo, “los objetos no pueden ser asignados de un modo natural a las categorías; las categorías no tienen propiedades inherentes; los textos no tienen significados inherentes” (Gordon, 1989). En consecuencia, la interpretación de materiales jurídicos y la subsunción de los hechos en categorías es producto del trabajo discrecional de los jueces.

El realismo, de este modo, sentó las bases sobre las cuales debía construirse un conocimiento “realista” del derecho. Las razones extrajurídicas, por su propia naturaleza, no pueden ser explicadas desde la teoría jurídica por sí misma: para conocer cómo opera el derecho en la práctica, esta debe complementarse con otras disciplinas del conocimiento, como las que ofrecen la filosofía, la antropología, la economía, la sociología, la ciencia política, o incluso la psicología. Los realistas impulsaron la interdisciplinariedad en el conocimiento jurídico, ya que creían que para enseñar **realmente** el derecho “era necesario entender las dimensiones económicas, políticas y sociales de los problemas que las cortes confrontan, dado que todas esas consideraciones figuran en las decisiones de los jueces” (Leiter, 2015, p. 262).

Por otro lado, al dejar de ser concebido como una lógica deductiva y con dogmas *a priori* y de deducción, el estudio del derecho ahora debía entender a los presupuestos del razonamiento jurídico como programas de acción formulados en función de sus consecuencias (Solar Cayón, 2012, p. 187). Las normas jurídicas asumen su carácter relativo y su valor instrumental en la construcción del conocimiento del derecho, “en la medida que sirven para promover los fines e ideales socialmente asumidos como deseables” (Solar Cayón).

4. La enseñanza clínica del derecho: lejos del formalismo y heredera del realismo

Muchos de los postulados descriptos en el apartado anterior han influenciado a los fundamentos jurídico-filosóficos de los programas de clínicas jurídicas. Sin embargo, lo que aquí nos interesa es resaltar y explicar en qué sentido la enseñanza clínica del derecho se aleja del formalismo para acercarse a paradigmas realistas o críticos. Es decir, trataremos de destacar los fundamentos o principios que impactan sobre el modo en que las clínicas jurídicas, y esencialmente las CJIP, consideran que el derecho debe transmitirse.

Es importante que aquí hagamos una pequeña reflexión. Sin perjuicio de lo que se discutirá más adelante (Capítulo 4), nótese que no es la técnica pedagógica empleada por el formalismo –o, al menos, no lo es en sentido relevante– la que determina esta forma de enseñar derecho, sino que esta se encuentra íntimamente relacionada con la **cosmovisión misma del paradigma**.

El formalismo jurídico no solo es una concepción sobre el contenido del derecho, sino, en gran medida, una **propuesta epistemológica** sobre el fenómeno jurídico. Como se mencionó más arriba, para un formalista no hay nada que crear o construir en lo que concierne al conocimiento del derecho. El derecho ya está determinado (*a priori*) y la tarea del profesor es descubrirlo o, mejor dicho, hacer descubrir esta realidad a sus estudiantes. Sin embargo, como vimos, aquella tiene más de ficción que de realidad.

Lo que a continuación presentamos constituye un intento por mostrar en qué aspectos específicos la enseñanza clínica en general, y las CJIP en particular, son críticas del formalismo jurídico y, al mismo tiempo, una continuación del proyecto realista del derecho.

5. Cómo se transmite el conocimiento en las CJIP

El conocimiento nace de la deliberación, la discusión, la crítica y el cuestionamiento como elementos claves para lograr la edificación del derecho. Así se produce el proceso clínico de construcción del conocimiento. Este método consiste en la presentación, espontánea o no, del alumno frente a un caso real para que, con libertad de interpretación, realice un análisis reflexivo guiado por un docente. El alumno presenta a sus pares alternativas de solución fundadas y es objeto de críticas por parte de ellos, luego de un insoslayable proceso de exposición y argumentación de sus posturas. El docente de la clínica no asume el rol de mero acompañante ni la posición jerárquica de superioridad de conocimiento, sino que se constituye en verdadero supervisor del proceso reflexivo frente a un estudiante que conserva la libertad de razonar por sí mismo.

En efecto, el objetivo de las clínicas jurídicas es lograr que el alumno desarrolle las aptitudes necesarias para aportar soluciones creativas. Creemos que es en este ámbito (y no en otro) que, al no verse el alumno subordinado a la idea ajena del docente y al asumir un rol protagónico en su aprendizaje, puede desarrollarse una verdadera construcción de conocimiento en el marco del proceso educativo. El estudiante tiene aquí un trato con clientes reales, desarrollando destrezas tanto en la entrevista, clasificación y sistematización de la información recibida (con un lógico cuidado ético que también es aplicado) como en la adecuación del lenguaje jurídico al cliente, lo que rompe las barreras del formalismo para su formación integral. Asimismo, el alumno elabora algunos documentos de tipo escrito judicial y otros de carácter científico (*papers*, ponencias para congresos) desarrollando con ello diversas destrezas acordes a sus aptitudes profesionales.

6. El derecho como conflicto y construcción social: la interdisciplinarietà en la propuesta clínica

El paradigma realista brinda herramientas para contemplar las diversas formas en las que los alumnos clínicos deben involucrarse en la solución de con-

flictos sociales, respecto de los cuales son partícipes en gran medida. Así, la metodología clínica enseña al alumno que debe tener conciencia de que, a su involucramiento en la temática llevada a su conocimiento, le subyace un saber situado del cual debe tener plena razón.

A contrario de lo que el formalismo propone (que para resolver un conflicto social es necesario investigar acerca de los códigos y normas jurídicas que imperan en una determinada sociedad vida social), la experiencia clínica nos indica que una mirada responsable y en plenitud de las cuestiones sociales de interés público no se agota con acudir a esta forma –que solo detiene su lectura de la cuestión en las estructuras e instituciones, sin contemplar los procesos sociales que le subyacen–. La búsqueda de una respuesta desde el derecho debe comenzar con la recolección de la mayor cantidad de información para la comprensión de la problemática. Recurrir a la antropología jurídica puede ser muy útil en este aspecto. Como proponen Sierra y Chenaut,

... el abordaje metodológico debe centrarse en los procesos de disputa, en las interacciones entre los litigantes, teniendo en cuenta los diferentes tipos de relaciones sociales a partir de las cuales surge la disputa, y en el contexto social total de la misma. Por lo tanto, la atención analítica se preocupó no tanto en indagar acerca de las autoridades judiciales (jueces), sino en los litigantes, sus motivos, argumentaciones, estrategias y las negociaciones que se establecen entre las partes (2002, p. 122).

En efecto, el estudio clínico de un conflicto de interés público nos obliga tener en cuenta todos aquellos elementos que brinden información sobre la temática. Siendo el proceso jurídico parte de la vida social, resulta necesario contemplar todo aquello que aporte datos del medio donde se gesta la problemática. Así, "... el derecho no es un sistema independiente de la sociedad o de la cultura, sino que ambos se encuentran mutuamente imbricados, y las disputas y su proceso de resolución tienen un componente cultural, donde se expresan los valores y actitudes de los litigantes" (Sierra & Chenaut, p. 126). Ahora bien, la construcción y el paso del nivel diádico al triádico, en donde los estudiantes clínicos pasan a ocupar un lugar preponderante, deben corresponderse con una metodología de trabajo que contemple las condiciones subyacentes (saber situado), so pena de contaminar la escena al extremo de alterar, modificar o manipular la información percibida. Como indican las autoras, el caso de disputa debe estudiarse y comprenderse en el contexto sociocultural que lo produjo. Justamente, el modelo clínico propugna en el alumno un acercamiento responsable al medio social/territorial en donde se gesta la problemática de interés público de manera tal que el estudiante pueda advertir la historia que precede al conflicto, las alternativas de solución y las consecuencias de tipo social a las soluciones a proponer. Igualmente, este análisis reflexivo debe consistir en una investigación interdisciplinaria, donde se evalúen las soluciones aplicables al caso, con lo que uno de los presupuestos teóricos de este método es que existen múltiples caminos a recorrer y no únicas respuestas correctas.

La riqueza intrínseca de enseñar a aplicar el derecho de esta manera se advierte cuando contraponemos esta metodología con la enseñanza tradicional normativa. Una inmensa cantidad de datos de relevancia no son sistematizados y receptados por el observador (participante, en nuestro caso, como proponemos en clínica), con el peligro ínsito que ello conlleva dada su notoria ausencia de rigor científico. El alumno/investigador –con el acompañamiento de su docente (quien no lo dirige, sino que lo orienta fomentando su conducta activa y crítica)– debe buscar conocer la ideología, los valores y actitudes de los involucrados en el escenario de disputa. Sin embargo, no se desestima por lo antedicho que el conocimiento de las normas deba soslayarse, ya que justamente lo que se propone en el proceso clínico es la incorporación de los elementos “extrajurídicos” para que el ejercicio práctico de la abogacía de interés público posea carácter científico o intente hacerlo. Se plantea una convivencia armoniosa y no antitética ni en términos de diadas, aun cuando se haga más hincapié en una por sobre la otra. La intención es superar la aparente dicotomía y generar un modelo analítico: “[es] necesario elaborar un acercamiento que pueda dar cuenta tanto de la lógica total de los procesos de disputa, y de su contextualización sistémica” (Sierra & Chenaut, 137). El ejercicio práctico del derecho en la clínica, busca que el alumno estudie lo jurídico de una manera no aislada, sino, por el contrario, valorando la relevancia de lo etnográfico y lo situacional.

De nuevo, podemos ver que este enfoque tiene su origen en el realismo jurídico, ya que una de sus consecuencias en la enseñanza del derecho fue que los materiales de estudio jurisprudenciales, incluyeron, junto con la selección de la sentencia dictada por el tribunal, el expediente completo del caso (Solar Cayón, 2012, p. 188). En efecto, como indica el autor, al describir el proceso de transformación en la enseñanza del derecho a partir del realismo,

la presentación de cada caso iba acompañada de un amplio material informativo de carácter extrajurídico, que incluía teorías o hechos económicos y sociales, prácticas mercantiles relevantes, acotaciones de trabajos de psicología, estadísticas o cualquier otra documentación que pudiera ayudar a obtener una mejor comprensión del problema a dilucidar (p. 188).

Esto se corresponde con el trabajo desarrollado por el alumno clínico. Cuando este se presenta al medio, debe tener en consideración toda la información que el territorio le presenta o proporciona sistematizando y clasificando la información recibida y percibida de manera tal de poder tener en plenitud un esquema acerca de las lógicas que atraviesan el tema contemplado. La interdisciplinariedad y la multiplicidad de ciencias a las cuales acudir para comprender al problema son parte del proceso clínico; de esta forma, el alumno posee una realidad aumentada o ampliación de imagen “*blow-up*”, clave para la seriedad y científicidad de su trabajo.

Se propugna que los estudiantes entiendan el proceso mediante el cual arriban al resultado final y tengan plena consciencia de por qué llega a ese lugar. Durante este proceso, “van tomando forma los problemas planteados al

comienzo de la investigación, surgen nuevos interrogantes, se descartan otros, las acciones adquieren nuevos significados” (Barrera, 2015, p. 141).

Como se puede apreciar, la idea de incorporar al proceso de enseñanza práctica un modelo clínico, tiene una estricta correlación con el enriquecimiento generado por el debate contra el formalismo y la aparición de la corriente del realismo jurídico. Toda esta indagación relativa al derecho ha generado que muchas universidades propugnen la enseñanza clínica como método alternativo en miras de superar las denuncias formuladas por los críticos y realistas, proporcionando así un abordaje que contemple variables más allá de lo normativo. La alternativa clínica pretende superar la mácula con la que convive el derecho. Esto es que, como disciplina, el derecho históricamente no se ha constituido para comprender a los otros, aunque no podría existir sin un abordaje de la otredad.⁽⁴⁾ De hecho, sucede que “el jurista se aboca al conocimiento del otro desde afuera, desde una distancia normativa en la que su mirada está permeada por un juicio de valor sobre la conducta de los otros” (Barrera, p. 138), lo que imposibilita la comprensión reflexiva de perspectivas distantes a la suya (Grimson, Merenson & Noel, 2011).

Se postula al modelo clínico de enseñanza en términos de aporte para la superación del diagnóstico, con la intención de lograr mayor rigor científico (una vez superada la edición *ex post facto*) a la solución de los problemas de interés público.

7. La perspectiva instrumental: el derecho y la política

La enseñanza clínica, en especial la que abarca asuntos de interés público, se inscribe dentro de la llamada “propuesta constructiva” del realismo jurídico: el derecho puede ser reformulado en términos funcionales más que formales (Pérez Lledó, 1993, p. 296). Como mencionamos más arriba, los realistas entienden que los materiales jurídicos pueden ser moldeados y la práctica del derecho constituye un continuo esfuerzo creativo por parte del jurista (Solar Cayón, 2012, p. 187). Esta reconstrucción jurídica realista involucra, según Pérez Lledó, el recurso al *policy analysis*: “identificar los intereses sociales que están realmente en juego en cada controversia particular, e investigar cómo podrían verse afectados esos intereses por los diversos cursos de acción que se podrían adoptar” (p. 297).

Esta misma idea se traslada a la enseñanza en las CJIP. Estas abordan una práctica del derecho en miras a reformar las inadecuaciones de las instituciones y legislaciones que son parte de las estructuras existentes, a través de diversas intervenciones que generen un impacto público (Trubek, 2005, p. 2). Como se verá con más detalle en el Capítulo 3, estas intervenciones pueden tomar la forma de propuestas de litigio estratégico, estructural, colectivo o de interés público como instrumentos de transformación social, y para generar

(4) El concepto de “otredad” mencionado por Barrera proviene de Grimson, Merenson & Noel (2011).

en el estudiante un compromiso como operador del derecho en la construcción de su propio destino. Así, generalmente, dicha reformulación institucional y legislativa implica adaptar los materiales jurídicos existentes de manera que sean favorables a los intereses sociales que se han identificado.

Por otro lado, las CJIP no pierden de vista que el derecho no implica sino un nivel más acotado de disputa política. La diferencia entre derecho y política (entre puro razonamiento jurídico y discusión política), proclamada por el formalismo jurídico, ya no es tan clara después de todo. En este sentido, los docentes clínicos son conscientes de que los procesos de disputa están insertos en dinámicas históricas y relaciones de poder: en este contexto, el derecho no es imparcial ni estático. Por el contrario, posee un dinamismo que solo puede explicarse y comprenderse si se es consciente del atravesamiento social del medio contemplado, como explicamos arriba. Una vez comprendido esto, y habiendo generado conciencia de ese estado de situación, se considera también al derecho como un ámbito o elemento de superación al estilo de espacio de resistencia. Este modelo de enseñanza del derecho fomenta en el alumno un activismo a través de las diversas alternativas de intervención que constituyen prácticas más “políticas” que jurídicas.

CAPÍTULO II

CAMBIOS EN LA CULTURA JURÍDICA ARGENTINA

EL CAMINO HACIA UN NUEVO PARADIGMA SIGNIFICATIVO PARA LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

ALFREDO IGNACIO NEME SCHEIJ - GABRIEL PEREIRA

1. Introducción

En forma liminar, interesa sobresaltar que: "... bajo el continuo desarrollo social aparecen también géneros nuevos de relaciones, cuya dirección quiere ser sometida a nuevas reglas, a nuevos axiomas. Y como esta movilidad es indefinida y progresiva, la necesidad de organizar axiomas nuevos de Derecho es de todos los tiempos..." (Alberdi, 1998, p. 18).

Por tal motivo, el desarrollo que prosigue considera especialmente valioso reflexionar sobre aquellos cambios en la cultura jurídica argentina que significaron un quiebre con el paradigma formalista que predominaba en ella; de ahí su importancia en este manual para la significación de este proceso en la enseñanza del derecho aplicada en las clínicas jurídicas.

En ese sentido, se analizará la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, ponderando la reforma de la Constitución Nacional (1994) y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN). A su vez, se examinará la constitucionalización y descodificación del derecho privado, valorando la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación y su entrada en vigencia en el año 2015.

Sobre esa plataforma, será posible avizorar cómo el Poder Judicial cobra protagonismo en el debate político; el modo en el que los principios y valores ganan la centralidad que ocupaban las normas; y la manera en que la inter-

pretación consigue el lugar que era propio de la subordinación. Este proceso resulta conducente para pensar la enseñanza del derecho a través de clínicas jurídicas, toda vez que las mismas se asientan en estas prerrogativas.

2. Constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos

El art.75, inc.22, de la Constitución Nacional determina que corresponde al Congreso:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Con esas palabras, la Carta Magna abrazó el derecho internacional de los derechos humanos, permitiéndole que compartiera la cima que gozaba en soledad. De ahí la importancia de ponderar tanto la reforma de la Constitución Nacional, como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3. La reforma constitucional de 1994

Elaborando un balance que es imposible soslayar en este trabajo, Roberto Gargarella (2014) escribió al respecto:

... la reforma de 1994 implicó, definitivamente, una mejora en relación a la anterior Constitución de 1853. Sin embargo, repre-

senta un ejemplo de una oportunidad perdida... En los años 80 existía un claro consenso académico y político en torno a la importancia de resolver la inestabilidad democrática que afectaba a toda América Latina. Un mal diseño constitucional que acentuaba el hiperpresidencialismo era entendido como en gran medida responsable de la crisis política. La Constitución de 1994 mantuvo una organización de poder centrada en el Ejecutivo. La reforma se caracterizó por su tendencia acumulativa, en vez de sintética, lo que se ve reflejado en la amplia incorporación de “nuevos derechos” en materia de derechos humanos. Las energías estuvieron puestas en la ampliación del listado de derechos existentes cuando, al mismo tiempo, se descuidó otra sección muy importante de la Constitución: la organización del poder. La incorporación de organismos e instituciones como el Consejo de la Magistratura o el Jefe de Gabinete cambiaron el sistema institucional pero no han servido para democratizar el poder. Por otro lado, las soluciones “acumulativas” derivaron en problemas en su efectivización, en la medida en que ciertos nuevos derechos e instituciones entran en tensión con otros ya existentes.

Más en extenso, explicó que:

uno de los aspectos más notables e interesantes de la Constitución reformada tiene que ver con lo realizado en materia de derechos humanos. Este tipo de reformas resultan atractivas (...) en la medida en que parecen responder -ahora sí- a una preocupación sin dudas relevante, propia del tiempo en que la Constitución se modificó: la gravísima oleada de violaciones de derechos humanos que distinguiera a la región latinoamericana, durante los años 90. En efecto, y de distintos modos, diferentes países de América Latina modificaron sus constituciones para responder, de maneras también diversas, a un similar tipo de afrenta: el trágico legado de las dictaduras, en términos de derechos humanos. En algunos casos, como los de Chile o Brasil, las nuevas constituciones se dedicaron, ante todo, a tratar de disolver o confrontar algunos de los peores registros dejados a nivel constitucional por las dictaduras. Por ello, la Constitución de Chile de 1980 comenzó a enfrentar el duro legado de los enclaves autoritarios, dejados por el gobierno de Pinochet en la misma organización constitucional del país -una tarea en la que la nueva Constitución sería acompañada por sucesivas reformas legislativas-. La Constitución de Brasil de 1988 dedicó, asimismo, una enorme energía a recuperar la civilidad democrática que había perdido, a nivel constitucional, en cuestiones tan diversas como la tortura o el voto. En la Argentina, ante todo, la reforma constitucional promovió la incorporación de diez tratados internacionales de derechos humanos, a la vez que re-

conoció la superioridad jerárquica de los mismos, en relación con las leyes nacionales.

En esa orientación, manifestó:

... que la (masiva) incorporación constitucional de “nuevos derechos” en materia de derechos humanos puede ser respaldada: no está mal que un país reconozca intereses fundamentales que se compromete a proteger de modo enfático. De todos modos, hay varias reservas que pueden adelantarse al respecto, sin ánimo de denegar el valor de lo hecho. Son dos, principalmente, los matices que agregaría en relación con lo realizado. Ante todo, la reforma vuelve a mostrar, en este aspecto, su tendencia “acumulativa” antes que “sintética”: se acumulan, unos sobre otros, nuevos derechos, con cierta improvisación –con cierto apuro– y con los riesgos que ello puede implicar. En particular, entiendo que las largas listas de nuevos derechos incorporados por la reforma entran en tensión, en más de un caso, con los derechos ya existentes (i.e., derechos individuales vs. colectivos; derechos tradicionales liberales vs. derechos “multiculturales”). La Constitución –es mi opinión– se ha desentendido simplemente de tales dificultades, prefiriendo no incurrir en los costos involucrados en el repensar y modificar la lista de derechos tradicionales, hasta entonces vigente. En segundo lugar (...) los reformistas entendieron –en mi opinión– de modo equivocado– que la mejor forma de fortalecer el compromiso constitucional con los derechos humanos consistía en ampliar de modo significativo la lista de derechos existentes. De esta forma, y como una mayoría de constitucionalistas y reformistas latinoamericanos, insistieron sobre un camino cuanto menos problemático: al concentrar de forma tan extraordinaria sus energías en las reformas en materia de derechos, tendieron a descuidar por completo la necesidad de modificar de manera consecuente la otra sección clave de la Constitución, esto es, la organización del poder. De esta forma, (...) pusieron también en riesgo la misma apuesta por los derechos, que venía a representar su principal o casi única apuesta. Porque, en definitiva, ¿cuál es la mejor manera de –por caso– evitar la tortura? ¿Proscribir a la misma, a través de un artículo, o crear instituciones destinadas a impedir la concentración del poder? Advuértase que es obviamente posible dedicar esfuerzos a conseguir ambos objetivos: no es ello, sin embargo, lo que se hizo. Del mismo modo, ¿cuál es la mejor manera de asegurar renovados compromisos, en materia de derechos sociales?: ¿consagrar nuevos derechos sociales en el texto constitucional, o reforzar el poder de acción y decisión de los grupos más postergados de la sociedad? Tales objetivos no son incompatibles pero, nuevamente, se optó

por el primer camino (la consagración de más derechos) dando directamente la espalda al segundo (la modificación de la organización del poder).

Por último, sostuvo que:

... a través de sus renovados compromisos en materia de derechos humanos –podría concluirse– la Constitución de 1994 transfirió poder a los tribunales internacionales a cargo de la custodia de tales derechos –pienso, en particular, en la Corte Interamericana de Derechos Humanos–. Al hacerlo, el país recreó, en un nivel más alto, una opción importante pero también cargada de dificultades, que ya conocía en el ámbito local: la influencia o dominio de organismos no mayoritarios/no democráticos en la política democrática doméstica. El problema en cuestión, conocido con el nombre de la “dificultad contramayoritaria” (Bickel, 1969) –tal vez el problema más clásico dentro del derecho constitucional moderno– no es meramente teórico ni tampoco es menor, y merece una atención particular, dado el peso especial que adquiere (proporcional a las renovadas dificultades que genera), a partir de la intervención de tribunales internacionales (...) Lo dicho, finalmente, no niega el enorme valor que han tenido los tribunales y organismos internacionales de derechos humanos, durante períodos dictatoriales como los que asolaron la región. Sin embargo, ello es tan cierto como lo es la pérdida de centralidad de tales instituciones internacionales, en la medida en que se consolidan las democracias locales: nuestros sistemas políticos ya no pueden ser vistos, como entonces, como maquinarias destinadas a arrasar con los derechos humanos de ciertos individuos y grupos. Por supuesto, a la luz de las tremendas fragilidades que siguen afectando a nuestras democracias, el mantenimiento de controles internacionales destinados a supervisar la vigencia de los derechos humanos fundamentales es muy importante. Pero, otra vez, la fragilidad de nuestras democracias no requiere cualquier tipo de remedios ni cualquier tipo de controles: el reconocimiento de las graves falencias presentes clama por mayor –y no menor– poder de control y decisión democrática.

De manera que la reforma constitucional de 1994 abrazó importantes tensiones por su tendencia acumulativa y sus descuidos en torno a la organización del poder. Lo señalado por el autor citado goza de relevancia para nuestro manual: es importante que queden explicitadas en tanto las CJIP abordan temáticas en las que pueden advertirse con elocuencia, por un lado, las tensiones entre la búsqueda incipiente y militante del respeto en relación a este indefinido plexo de derecho (constitutivo de un nuevo paradigma) y, por el otro, la disputa constante en relación al poder.

Desde esta mirada, resulta primordial examinar la forma en la que el cimiento tribunal federal fue resolviendo esas tiranteces toda vez que nos permiten verificar el/los procesos y cómo estos se fueron resolviendo. Con ello, el docente puede generar, a través de la modalidad de enseñanza clínica, un aprendizaje significativo (reflexivo, participante, no memorístico ni enciclopedista) que considere insoslayable este análisis en su comprensión del nuevo paradigma de derecho, con el proceso de constitucionalización de los derechos humanos.

4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El Superior Tribunal de Justicia de la Nación tuvo la importante misión de brindar respuestas a las tensiones que nacieron con la reforma constitucional de 1994. En esta oportunidad, se abordarán específicamente las que refieren al valor de los tratados sobre derechos humanos y de los pronunciamientos de los organismos internacionales encargados de interpretarlos.

El objetivo perseguido con la descripción y relato de los casos que a continuación se realiza tiene su razón de ser en que la propuesta de enseñanza del derecho en las CJIP busca que el docente posea elementos precisos para el abordaje de la problemática situada en el apartado anterior. Es justamente la lectura de estos casos la que permite al docente planificar las claves de una actividad clínica en la cual acompañe el proceso de aprendizaje, en clave de la propuesta pedagógica.

4.1. Caso “Espósito”

En el caso “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David-” (2004) se interpuso recurso extraordinario contra la resolución de Cámara que había declarado prescripta una causa penal respecto de uno de los imputados. La CSJN, teniendo en cuenta que los hechos ventilados en dicha causa habían sido conocidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) (-que había declarado la responsabilidad internacional del Estado argentino debido a la deficiente tramitación dada a tales actuaciones-, haciendo lugar al remedio federal interpuesto, consideró que no correspondía aplicar al caso las disposiciones comunes en materia de prescripción.⁽¹⁾

(1) Señala González Campaña (2005, p. 801) respecto del caso: “... es, ciertamente, de aquellos de difícil solución, ya que colisionan diversos principios básicos, como son el debido proceso y el derecho a la protección judicial efectiva, de expresa tutela en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 8 y 25 del Pacto de Costa Rica, por un lado, y la preclusión procesal y cosa juzgada, que hunden sus raíces en el derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Carta argentina, por el otro. La causa se originó con la muerte de Walter David Bulacio, en 1991, ocurrida una semana más tarde que fuera detenido por la policía en las inmediaciones del Estadio de Obras Sanitarias, donde se realizaba un concierto de rock. El joven, de 17 años, fue arrestado en una razzia policial junto con otras setenta y dos personas, en su mayoría menores de edad, las que fueron

Según González Campaña, en “Espósito” la CSJN reconoció que debe acatar la jurisprudencia internacional y que, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las que dicta un tribunal supranacional, en el caso, la Corte IDH Interamericana de Derechos Humanos. Admitió, además, que las posibilidades de actuación de los tribunales argentinos se han visto fuertemente limitadas por la supervisión internacional y agregó:

La aceptación de la vinculatoriedad de las sentencias dictadas por la Corte de San José en los casos en que nuestro país es parte deja en evidencia los cambios estructurales que se han generado desde que se le asignara jerarquía constitucional al Pacto de Costa Rica en 1994, y que han terminado por reacomodar la cúspide misma del sistema, desplazando -parcialmente- a la Corte federal de su calidad de cimera.

En “Espósito” la mayoría del cimero tribunal:

... diferenció según se trate de sentencias de la Corte Interamericana o recomendaciones de la Comisión, siendo la decisión que los Estados partes se comprometen a cumplir la de la primera (cons. 9). En cambio, respecto de la Comisión, entendieron -con cita de una opinión consultiva de la Corte Interamericana solicitada por nuestro país- que si bien por el principio de buena fe el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que “la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repunte, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales -equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional” (cons. 13).

Tres jueces de la Corte federal consideraron que si bien no cabía descalificar la sentencia apelada por arbitraria -toda vez que contaba con fundamentos suficientes-, ello llevaría a confirmar la prescripción de la acción

liberadas progresivamente, sin que se notifique al juez en turno ni que se informe a sus familias sobre los motivos de las detenciones. Bulacio fue golpeado y sometido a vejaciones. Falleció en un hospital público, por traumatismo de cráneo. Con motivo de la investigación abierta para hallar a los responsables del hecho, fue procesado el comisario Espósito, a cargo de la repartición policial. La defensa del oficial interpuso todo tipo de articulaciones -entre ellas, pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes de nulidad, excepciones de incompetencia- seguidas en todas las instancias, incluso en tres oportunidades hasta la propia Corte Suprema, que dilataron el proceso y culminaron con la extinción de la acción penal por prescripción en el 2002”.

“en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Bulacio c. Argentina*, que resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también la Corte Suprema, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional (voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni y de Highton de Nolasco, considerando 6)”.

También reconocieron que el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado (voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni y de Highton de Nolasco, considerando 10).⁽²⁾

Este primer caso, puede ser empleado por el docente para generar en el estudiante una discusión de tipo interpretativa en relación al extenso pliego de derechos, sino que también en cuanto a la estructura de diseño del servicio de administración de justicia. La lectura consiente de la resolución brinda herramientas para la generación de una actividad que ponga en debate los derechos en juego, con su ámbito situacional conjuntamente a la lectura de la disputa de poder que el mismo contiene.

4.2. Caso “Simón”

En la causa “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”,⁽³⁾ la CSJN por mayoría de votos

resolvió: a) declarar la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida (leyes 23.492 y 23.521, b) declarar la validez de la ley 25.779 y c) declarar de ningún efecto las leyes 23.492 y 23.521 y cualquier acto fundado en ellas que

(2) Ver también Yacobucci (2005, p. 1).

(3) Pizzolo (2005, p. 510) explica así los antecedentes del caso: “Las actuaciones objeto de análisis llegan a estudio de la Corte Suprema de Justicia (...) por intermedio de la queja presentada, ante la denegación de recurso extraordinario, por la defensa de Julio Héctor Simón contra la resolución de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal. Dicha resolución se expresó a favor de la inconstitucionalidad de las leyes 23.492 y 23.521 conocidas como ‘leyes de punto final y obediencia debida’. De esta forma, se confirmó el auto de primera instancia decretando el procesamiento con prisión preventiva del recurrente. Se amplió el embargo sobre sus bienes por crímenes contra la humanidad consistentes –según el Tribunal– en privación ilegal de la libertad, doblemente agravada por mediar violencia y amenazas, y por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades en concurso real, las que, a su vez, concurren materialmente con tormentos agravados por haber sido cometidos en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real entre sí. Se imputa al recurrente, en aquel entonces suboficial de la Policía Federal Argentina, haber secuestrado en la tarde del 27 de noviembre de 1978 a José Liborio Poblete –lisiado de ambas piernas que se movilizaba en silla de ruedas– en la Plaza Miserere de esta ciudad y, en horas de la noche, a la esposa de éste, Gertrudis Marta Hlaczik, y a la hija de ambos, Claudia Victoria Poblete. Todos ellos, afirma la Cámara en su resolución, fueron llevados al centro clandestino de detención conocido como ‘El Olimpo’, donde el matrimonio fue torturado por distintas personas entre las que se encontraba el recurrente. Allí permanecieron unos dos meses, hasta que fueron sacados del lugar, sin tenerse, hasta ahora, noticias de su paradero”.

pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables, u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina (Gil Domínguez, 2005, p. 839).

El voto mayoritario de la Corte estableció: “el reconocimiento pleno de los organismos internacionales de control como intérpretes de las obligaciones internacionales y el nuevo alcance que debe dársele a la facultad de amnistiar (artículo 75.20, CN)” (en Pizzolo, 2005).

Impugnó la validez constitucional de la ley 23.521, revisando su anterior criterio y fundándose tanto en que “el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión” (cons. 14 del voto mayoritario) como en que la “progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos” –reconocida con jerarquía constitucional en nuestro sistema jurídico (art. 75.22, CN)– ya no autoriza al Estado a tomar decisiones “cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza” (cons. 14 del voto mayoritario, en Pizzolo).

A juicio de la Corte, la facultad constitucional reconocida al Congreso federal de amnistiar (art. 75.20, CN) “ha sufrido importantes limitaciones en cuanto a sus alcances” ; y las leyes 23.492 y 23.521 “en la medida en que, como toda amnistía, se orientan al ‘olvido’ de graves violaciones a los derechos humanos, (...) se oponen a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y resultan, por lo tanto, constitucionalmente intolerables (arg. art. 75, inc. 22, Constitución Nacional)” (cons. 14 del voto mayoritario, en Pizzolo).

Señala Pizzolo:

para llegar a la opinión anterior, la Corte sigue el camino trazado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH, organismo de control de la CADH) respecto al alcance de la aludida obligación de investigar y el deber de prevenir (art. 1.1, CADH). Concluyendo que dicha jurisprudencia establece “una proscripción severa de todos aquellos institutos jurídicos de derecho interno que puedan tener por efecto que el Estado incumpla su deber internacional de perseguir, juzgar y sancionar las violaciones graves a los derechos humanos” (p...).

Si analizamos el contenido del caso descrito, advertimos cómo el mismo puede ser usado en clave análoga respecto de casos o situaciones plausibles para los estudiantes clínicos. A modo de ejemplo, los integrantes de la clínica

ca podrían analizar la Ley de Contravenciones Policiales de la provincia de Tucumán y realizar un estudio en clave comparativa a los argumentos que el fallo contiene para arribar a una conclusión análoga, similar o, por qué no, disímil.

4.3. Caso “Mazzeo”

En el caso “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-” (2007),⁽⁴⁾ la CSJN reafirmó la tendencia del precedente “Simón” en el sentido de considerar de cumplimiento obligatorio e inexcusable por los tribunales nacionales la jurisprudencia emanada de los organismos de control previstos en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional -art. 75, inc. 22 CN- (Pizzolo, 2007); y declaró la inconstitucionalidad del decreto 1002/1989, emitido por el presidente de la República, que indulta a personas procesadas por cometer delitos de lesa humanidad (Gómez, 2007, p. 155).

Gómez señala que el caso se diferencia del “Simón”:

en donde se trataba, esencialmente, de juzgar sobre la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y su relación con el principio de legalidad. El caso “Mazzeo” es una continuidad de tales precedentes, pero debe abordar el planteo de la defensa de la cosa juzgada y el principio *ne bis in idem* (prohibición de la doble persecución penal), atento a que el encartado había sido sobreseído por la Justicia, en virtud del mentado decreto, que la CSJN en su oportunidad convalidó al desechar el recurso extraordinario interpuesto (Fallos: 313:1392).

En los casos “Barrios Altos vs. Perú” y “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, la CIDH dejó en claro que las disposiciones de derecho interno de amnistía, prescripción y “medidas de otra índole” (*v.gr.* indultos), que lleven a la impunidad de quienes cometieron delitos de lesa humanidad, constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar a los responsables de violaciones graves de los derechos humanos, las que se encuentran prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos, y consecuentemente, el Estado parte compromete su res-

(4) En cuanto a los antecedentes de esta causa, cabe mencionar que el Juzgado Federal N° 2 de San Martín había hecho lugar a la presentación que perseguía la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1002/1989 mediante el cual el Poder Ejecutivo Nacional indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros, por los hechos a él imputados en la ex causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín. La defensa técnica de Riveros con fundamento, entre otros, en la excepción de cosa juzgada, apeló el pronunciamiento. La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín acogió el recurso con sustento en que ese tribunal ya se había expedido en la causa 85 acerca de la validez del indulto presidencial. Apelado este nuevo pronunciamiento, por distintos grupos de querellantes, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal se pronunció por la inconstitucionalidad del citado decreto de indulto 1002/1989. Contra este último fallo se dedujo el recurso extraordinario federal, que fue rechazado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Pizzolo, 2007, p. 398).

ponsabilidad internacional. Las leyes y decretos del perdón “carecen de efectos jurídicos” y no pueden representar un obstáculo para la investigación de los hechos ni para la identificación y castigo de los responsables (Gómez, 2007). En “Mazzeo” la CSJN dijo que la colisión apuntada se salva

... porque en realidad no se trata de la vigencia retroactiva de la norma internacional convencional, toda vez que su carácter de norma consuetudinaria de derecho internacional anterior a la ratificación de la convención de 1968 es *ius cogens*, vigente para nuestro Estado Nacional por formar parte de la comunidad internacional, lo que viene a ser cristalizado con la aprobación (ley 24.584) y ulterior jerarquía constitucional de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25.778) (en Gómez, 2007).

La CSJN agrega que los crímenes contra la humanidad atentan contra el derecho de gentes tal como lo prescribe el art. 118 CN, lo que obliga a los tribunales argentinos a la persecución de los crímenes “contra el derecho de gentes” o *ius cogens* cometidos fuera de los límites de la Nación; por lo que igual principio cabe aplicar a tales crímenes cometidos en el país.

En cuanto a la cosa juzgada y los delitos de lesa humanidad, en el caso “Mazzeo, Julio L. y otros”, la CSJN sostuvo que “a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Barrios Altos’ CIDH - Serie C 75, del 14 de mayo de 2001, han quedado establecidas fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas como las aquí investigadas” (considerando 36).

En síntesis, Gómez enumera las principales directrices que la CSJN estableció en “Mazzeo” del siguiente modo:

- 1.- Los tratados de derechos humanos, incorporados con jerarquía constitucional, rigen “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, CN), para ello, se debe seguir las decisiones de los tribunales y comisiones internacionales con competencia para interpretar los señalados pactos internacionales;
- 2.- Los delitos de lesa humanidad son imprescriptibles y su aplicación a quienes cometieron tales delitos en la época del proceso militar no lesiona el principio de legalidad, ya que es *ius cogens* que obliga al Estado por formar parte de la comunidad internacional;
- 3.- No concurren los fundamentos del instituto de la prescripción, ya que los delitos de lesa humanidad dejan intactas las ansias de la sociedad de investigación y castigo a quienes los hayan cometido;
- 4.- Los poderes políticos tienen por límite a su facultad de perdonar a través de leyes de amnistías, decretos de indulto o conmutación de penas, a los delitos de lesa humanidad, debido a que con tales medidas no se puede impedir la

investigación y castigo de quienes hayan cometido delitos en contra de la humanidad; 5.- No se puede invocar la cosa juzgada ni el principio *ne bis in idem* para obstaculizar la persecución penal de quienes hayan cometido delitos de lesa humanidad y hayan sido favorecidos por decretos de indultos (p....).

La formación de tipo dogmática de los estudiantes de las carreras de abogacía de nuestra región les impediría formular una construcción de un razonamiento como el contenido en el caso en análisis. De esta manera, el fallo proporciona una multiplicidad de variables para explicar por qué aquellos principios del derecho penal que se presentaban como absolutos, se relativizan cuando estamos en presencia de situaciones específicas.

4.4. Caso “Videla”

En la causa “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación” (2010) el cimero tribunal federal desestimó los recursos deducidos por las defensas de Jorge Rafael Videla y Emilio Eduardo Massera, confirmando la sentencia de la Sala II^o de la Cámara Nacional de Casación Penal que había dejado firme la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, en tanto declaró la nulidad del indulto presidencial de Carlos Menem a favor de los imputados.

Para alcanzar esa solución, remarcó especialmente:

... que esta Corte ha precisado que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Fallos: 330:3248, considerando 20 y 21). Con tal comprensión esta Corte remarcó -mediante la cita de diversos precedentes de aquel tribunal internacional- la obligación del Estado Argentino no solo de investigar sino también de castigar los delitos aberrantes, deber que no podía estar sujeto a excepciones.

A propósito del fallo, Marina Pisacco (2010) elaboró un interesante análisis, concluyendo que:

1. Los fallos de la Corte IDH son obligatorios para el Estado que fue parte en el juicio (cfr. artículo 68.1 CADH). 2. Pero, para los

casos en los que el Estado no es parte, podemos marcar una evolución que tiene su paso más relevante, el último por lo menos, en 2006, en el caso “Almonacid”, cuando la Corte IDH definió, dentro del marco de vigencia de la CADH, el “control de convencionalidad” y, tres meses después, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso”, dijo que los jueces nacionales tienen el deber de hacer dicho control “ex officio”. 3. La Corte nacional, en su actual composición, ha mostrado un apego sustancial a los criterios de la Corte IDH en este punto. La Argentina está mucho más integrada al sistema interamericano que en 1992. 4. Esta perspectiva puede ser criticada o apoyada, pero también hay que descifrar sus implicancias políticas. 5. Por un lado, a favor del criterio internacional, se puede decir que un país que cometió graves violaciones a los derechos humanos hace bien en someterse a los criterios más rigurosos que sean impuestos por la Corte IDH. Pero en el conglomerado de países de América Latina que tienen un desarrollo dispar, el sistema interamericano sufriría un desgaste político si algunos Estados adhirieran al criterio más riguroso de la Corte IDH y otros, no lo hacen. En algún momento, los países deberán llegar a un criterio común en aras de fortalecer el sistema internacional (p. 51).

El docente puede trabajar a la luz del caso, en argumentos relativos a la obligatoriedad del Estado argentino de someterse a las sentencias de tribunales superior y el eclipse de soberanía que ello genera en el diseño institucional.

4.5. Caso “Rodríguez Pereyra”

El caso “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios” (2012) adquirió gran trascendencia porque, en su seno, el cimero tribunal federal admitió la posibilidad de que los jueces declaren de oficio la inconstitucionalidad de una ley.

En apoyo de su interpretación, puso de relieve:

... que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos

mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

Al respecto, Sebastián A. Rey (2013) señaló que:

desde el fallo “Espósito” ya no hay dudas de que la Corte Sup., ha asumido que la jurisprudencia de la Corte IDH y la interpretación que ésta realiza de la CADH –aun en casos en que el Estado argentino no es demandado– es obligatoria en sede interna, posición que he celebrado en varias oportunidades. Si bien en la causa “Rodríguez Pereyra” la Corte Sup. convalidó el control de convencionalidad de oficio en sede interna con algunos límites, es evidente que el alcance que la Corte IDH le ha dado va mucho más allá de los integrantes del Poder Judicial: todos los órganos del Estado deben encargarse de que se respeten los derechos reconocidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, de acuerdo con el contenido que la Corte IDH les ha asignado en su jurisprudencia.

4.6. Caso “Carranza Latrubesse”

En el marco de la causa “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia de Chubut” (2013) se debatió la obligatoriedad de las recomendaciones que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realiza al Estado argentino en los informes contemplados en el art. 51.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Allí se revelaron cinco posturas que merecen ser especialmente atendidas.⁽⁵⁾

Dentro del voto mayoritario, se encuentran los Dres. Fayt y Zaffaroni, los cuales aseveraron que las recomendaciones poseen un inequívoco significado vinculante y obligatorio dirigido al Estado, puesto que el art. 51.2 CADH prescribe que frente a ellas debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada. A su vez, aparece el Dr. Petracchi, quien expresó que si bien las recomendaciones de la CIDH no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte IDH, el principio de buena fe obliga al Estado a considerar su contenido. Por último, es posible hallar al Dr. Maqueda, siendo el que manifestó que a pesar de que solo las decisiones de la Corte IDH son ejecutables en los términos del art. 68 CADH, el Estado debe realizar los mejores esfuerzos para implementar las recomendaciones de la CIDH, recurriendo a los mecanismos y procedimientos que estime más convenientes a tal fin.

En otro orden, conformando el voto minoritario, destacan los Dres. Lorenzetti y Highton de Nolasco, los cuales advirtieron que la Corte IDH no establece respecto de las recomendaciones un criterio de obligatoriedad bajo pena de incurrir en responsabilidad internacional. Igualmente, sobresale la Dra. Argibay, quien señaló que el carácter ejecutivo y jurisdiccional de la recomendación

(5) Cfr. Andrés Gil Domínguez (2013).

emitida por la CIDH se aparta del sistema de resolución de controversias creado por la CADH.

Dada esa diversidad de tesis, Gustavo Arballo (2013) coligió que:

los cuatro que podemos reputar (encomillamos) “mayoría” confluyen de hecho en entender que la indemnización a Carranza Latrubesse estaba mal juzgada, pero llegaban a esa conclusión sin compartir del todo la idea de obligatoriedad que tanto se destaca en los primeros comentarios del caso (de hecho, en Argibay, que como disidente es la primera comentarista). Hilando fino verán que solo hay dos jueces que dicen que los informes de la Comisión son obligatorios per se (y expresamente aclaran en su cons. 17 que la obligatoriedad sería “solo para la situación examinada”, es decir para el caso), y cinco jueces que no: cuatro que dicen que estrictamente no lo son aunque deben observarse, atenderse, hacer “los mejores esfuerzos”, mientras Argibay se limita a decir solo que no son obligatorios y no se pronuncia sobre ese matiz (aunque tampoco lo niega). Consecuentemente, es incorrecto interpretar que la doctrina del caso es que las recomendaciones de la Comisión sean obligatorios (en el sentido de vinculatoriedad estricta) para los jueces argentinos.

En los últimos fallos descriptos se genera una interesante discusión de diseño del Estado, que aplicado a una actividad de tipo práctica, puede conducir a los estudiantes a preguntarse cómo el sistema institucional ha mutado en miras del respeto de los derechos y el proceso de constitucionalización de los derechos humanos. Una vez más, la discusión relativa al poder/soberanía se hace presente y ello constituye para el estudiante un abordaje que marca el modo de entender el derecho y comprender su rol como operador del mismo.

4.7. Caso “Mohamed”

El 23 de noviembre de 2012, la Corte IDH emitió pronunciamiento en el caso 11.618, “Mohamed vs. Argentina”, declarando responsable a la República Argentina por la violación del derecho del señor Oscar Alberto Mohamed a recurrir el fallo condenatorio dictado el 22 de febrero de 1995 por la Sala I° de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional, de conformidad con los parámetros establecidos en el art. 8.2.h CADH.

Dicha decisión abrió una instancia en la CSJN que tramitó bajo el expediente 4.499/2013. En ese ámbito, el Tribunal elaboró la resolución 477/2015, del 25 de marzo de 2015, haciendo especial hincapié en:

que a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art.75, inc. 22°, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito

de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional y ordenar a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que, por intermedio de quien corresponda, designe una nueva sala de ese tribunal para que proceda a la revisión de la sentencia en los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En esa línea, Andrés Gil Domínguez (2017) refirió que en tal ocasión “... la Corte Suprema de Justicia por unanimidad resolvió cumplir con la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso ‘Mohamed vs. Argentina’, y consecuentemente, decidió suspender los efectos de la sentencia penal...”.

4.8. Caso “Fontevicchia”

El último debate sobre el valor de las decisiones de la CIDH tuvo lugar en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2017). En esa oportunidad, la CSJN coligió que sus resoluciones no podían ser revocadas por los fallos del mencionado organismo internacional. Dicha inferencia del cimero tribunal federal es producto del acuerdo que alcanzaron el voto mayoritario de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco y Carlos Fernando Rosenkrantz y el por su voto del Dr. Horacio Rosatti, en torno a que la lógica del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los principios fundamentales del derecho público argentino convierten inviable que un acto jurisdiccional del Superior Tribunal de Justicia de la Nación sea dejado sin efecto por un pronunciamiento de la Corte IDH.

Tal resolución solo conmovió a los juristas, pasando desapercibida para el enorme resto de la sociedad (con las múltiples explicaciones que podrían esgrimirse), en buena parte atento a que reduce la controversia a un diálogo que se sostiene exclusivamente entre cortes, basándose en la idea de que una persona, un funcionario público, o un órgano particular puede establecerse como intérprete supremo dentro de la comunidad (Gargarella, 2017). En rigor de verdad, la conversación que la CSJN pretendió entablar allí con la Corte IDH devino en un monólogo en el que expuso su postura con vehemencia, siendo difícil pensar que haya deseado realmente concretar un auténtico diálogo, o bien, que lo hiciera con la firme voluntad de hablar en serio.

Semejante circunstancia envuelve un enorme problema. Es que el cimero tribunal federal y la Corte IDH son sitios de importantes tensiones,⁽⁶⁾ por lo cual

(6) Cfr. Bandieri (2014, pp. 75-100; 2013); von Bogdandy & Venzke (2013); y Biscardi (2016).

les resulta muy dificultoso escapar de la necesidad de implementar respuestas dialógicas sin herir severamente la legitimidad de sus fallos, en tanto ese tipo de medidas habilita canales de participación e interacción con gran aptitud para aflojar tirantezas (Gargarella, 2013; Von Bogdandy y Venzke, 2013). Para colmo de males, no sólo faltan los incentivos que impulsen al Superior Tribunal de Justicia de la Nación a participar de una forma dialógica en la construcción del derecho (Gargarella, 2016a), sino que además se encuentran ausentes las intenciones que conduzcan a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a adoptar posiciones compatibles con una actitud de apertura al diálogo (Gargarella, 2016).

Dadas esas condiciones, se abre una etapa en la que habrán más dudas que certezas; el porvenir depende de la solución que se brinde al problema consistente en que el Superior Tribunal de Justicia no demuestra una genuina vocación de conversar, debiéndose aguardar que precise la voluntad del órgano de reflexionar acerca de su actitud frente al diálogo. Sin perjuicio de que corresponda esperar que el paso del tiempo haga lo suyo, lo único seguro es que debe permanecerse bajo la convicción de que la CSJN está obligada a retomar la senda del diálogo a fin de proteger la legitimidad de sus actos jurisdiccionales.

De conformidad con los fallos precedentes, resulta claro que el cimero tribunal federal abordó los problemas propios de la reforma constitucional de 1994 sin solucionarlos definitivamente.

5. Colofón

Del examen materializado se desprende que la reforma constitucional de 1994 produjo fuertes tensiones como consecuencia de su tendencia acumulativa y sus descuidos en torno a la organización del poder. A la vez, emerge que la CSJN abordó las problemáticas inherentes a esas tirantezas sin alcanzar soluciones definitivas que las contengan. Ahora bien, ello se emparenta con la naturaleza del sistema introducido en la Constitución Nacional, cuyo fin ordenador es tutelar la dignidad humana. En esa orientación, siendo tantos y variados los factores que pueden repercutir sobre ella, la dinámica se impone como regla, exigiendo constantemente nuevas respuestas. Por tal razón, es factible concluir que la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos implicó añadir al ordenamiento jurídico un motor que marcha al ritmo de las personas cuya dignidad debe proteger.

El abordaje de lo expuesto en clave crítica, representa la posibilidad para el docente de generar una actividad que lleva incita una enriquecedora discusión para los estudiantes clínicos, en tanto les implica romper con su aprendizaje memorístico, enciclopedista, irreflexivo para adentrarse en un camino en donde el silogismo formalista tambalea y le exige acudir a las herramientas de la creación, la interpretación y esencialmente la reflexión sobre la base de una propuesta de aprendizaje significativo.

6. Constitucionalización y descodificación del derecho privado

El 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC),⁽⁷⁾ que dedica sus primeros artículos a los tratados de derechos humanos. De esa manera fue rápidamente más allá de sus límites, estableciendo una vía de comunicación con el bloque de constitucionalidad federal. Semejante innovación merece un meticuloso análisis, ya que significó para el derecho privado poner la mirada lejos de su ombligo, extender los brazos hacia arriba y formalizar un verdadero pedido de disculpas por años de indiferencia.

6.1. Código Civil y Comercial de la Nación

Específicamente, el Código Civil y Comercial de la Nación preceptúa que los casos que rige:

... deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho (art. 1 de la ley 26.994).

Concordantemente, prescribe que “la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento” (art. 2° de la ley 26.994).

Con esa regulación, reconoció a los tratados de derechos humanos suscriptos por el Estado argentino un estatus que hasta entonces el derecho privado les había negado. Es que los casos alcanzados por su imperio demandan una solución conteste con las leyes que sean aplicables, de acuerdo con la Carta Magna y los mencionados tratados de derechos humanos. A su vez, la ley exige una interpretación que atienda a las mandas que ellos contienen.

6.2. Decreto 191/2011

El examen del Código Civil y Comercial de la Nación conduce a consultar el decreto 191/2011, en la medida que no solo expuso determinadas circunstancias que tornaban necesario proceder a la actualización y unificación de la legislación nacional en materia de derecho privado, sino que además sentó algunos cimientos a partir de los cuales debía llevarse a cabo dicho proceso.

En rigor, el decreto 191/2011 crea “... la ‘COMISIÓN PARA LA ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN

(7) Cfr. art. 1° de la ley 27.077, modificatorio del art. 7° de la ley 26.994.

DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN” (art. 1º). Al mismo tiempo, dispone que “... tendrá a su cargo el estudio de las reformas al Código Civil y al Código Comercio de la Nación que considere necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo” (art. 2º). Para terminar, establece que “... se integrará con los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, doctores Ricardo Luis Lorenzetti, quien actuará como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y la Profesora Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes contarán con el apoyo de un Secretario. Los mismos desempeñarán sus cargos ‘ad honorem’” (art. 3º).

En ese marco, indicó:

... que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas. En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos.

Así las cosas, el bloque de constitucionalidad federal debía ser un faro en el proceso de actualización y unificación de la legislación nacional en materia de derecho privado, porque se esperaba que quede estructurada sobre los notables progresos que tuvo esa rama del derecho a la luz de los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia nacional e internacional producto de su enfoque.

6.3. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Continuando el estudio del Código Civil y Comercial de la Nación, es imprescindible hacer un alto en los fundamentos de su Anteproyecto, toda vez que allí se explicitan los valores axiológicos que lo sostienen y se hallan herramientas elementales para su interpretación integral y armónica.

En especial, en dichos fundamentos se apunta que:

... toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los con-

sumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado.

De igual modo, se destaca que “... es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores”.

Por último, se remarca que:

... todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo.

En esa lógica, adquieren tanta importancia los tratados sobre derechos humanos, como las técnicas de diálogo de fuentes. Ocurre que dichas técnicas operan como instrumentos de armonización del complejo entramado normativo que genera la condición reconocida a los tratados. Por ello son vitales a efectos de concretar la comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado. De esa forma, deviene imperioso sumar a la preocupación por los tratados de derechos humanos un genuino interés por las técnicas de diálogo de fuentes.

6.4. Opinión doctrinaria

Para finalizar esta exploración del Código Civil y Comercial de la Nación, vale el esfuerzo indagar por las opiniones que tuvieron los doctrinarios privatistas y publicistas, por cuanto fueron su más inmediato reflejo.

Entre los doctrinarios privatistas aparecen Marisa Herrera y Gustavo Caramello (2016). En relación al tema, adujeron que los valores axiológicos referidos en los fundamentos del Anteproyecto:

... se fundan en principios y derechos de derechos humanos y se derivan de manera directa de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos en los que el Estado es parte. De este modo, se refuerza el diálogo expreso entre la CN y el CCyC, postura totalmente contraria a la adoptada por el CC. Se trata de un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza de manera constante a la luz del desarrollo jurisprudencial internacional, regional y constitucional, al interpretar de manera dinámica los diferentes casos que se van planteando en el ámbito

civil y comercial, en el marco de un régimen jurídico en el que cada juez debe llevar adelante un constante control de constitucionalidad-convencionalidad de las leyes, sea a instancia de parte interesada o de oficio (p. 10).

Adicionalmente, manifestaron que:

... desde una perspectiva sistémica, el CCyC entiende la importancia de concretar una relectura más contemporánea, realista y humanista del derecho privado, la existencia de un verdadero “diálogo de fuentes”, una postura que también impacta de manera clara en la interpretación y aplicación de las leyes (p. 16).

Asimismo, dentro de los doctrinarios publicistas se encuentra Andrés Gil Domínguez (2015). Sobre el particular, expresó que:

cuando el Código enuncia que los casos deben ser resueltos “según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”, se refiere a dos aspectos. En primer lugar, que la ley se mueve dentro de un marco constitucional y se presume constitucional; pero la argumentación jurídica racional no culmina en la ley, sino en la interpretación, que se configura como centro de gravedad del Derecho de un sistema dinámico (que desplaza al Código como sistema estático) alimentado por la argumentación racional. En segundo lugar, que existe una aplicación operativa y directa del sistema de fuentes del Estado constitucional y convencional de derecho argentino...

Paralelamente, dijo que:

la interpretación del Código remite directamente a la aplicación y funcionamiento del artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina como regla de reconocimiento constitucional y convencional (...) Cuando una Constitución, desde su ámbito supremo, invita a una fuente externa (especialmente a Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos) a compartir su fuerza normativa irradiante hacia al sistema de fuentes, el Estado asume que, como mínimo, respetará la lógica de funcionamiento del sistema externo que invita y cumplirá con las obligaciones internacionales contraídas. Aquello que dispongan los órganos de interpretación y aplicación de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos respecto de la normativa emergente de estos, no podrá ser controvertido por los órganos de interpretación y aplicación de la Constitución. Aquello que recomienden y ordenen los órganos de interpretación y aplicación de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos a

los Estados deberá ser cumplido por estos bajo la sanción de incurrir en responsabilidad internacional. Si la Corte IDH interpreta que el aborto voluntario no viola el derecho a la vida establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, un juez nacional no tiene ninguna potestad para reinterpretar lo dispuesto por el órgano del tratado; podrá –en caso de que no se trata de jurisprudencia referida a dicho Estado– ponderar la interpretación de la fuente externa con la normativa interna y sostener que esta última contiene una mayor tutela pro persona, pero nunca podrá desconocer las interpretaciones realizadas en sede externa. Si cualquiera de los órganos de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos ordena (mediante una sentencia) o recomienda (mediante informes) una determinada conducta a un Estado, este debe cumplirla sin más, de lo contrario incurre en responsabilidad internacional y, en nuestro caso, conculca el artículo 75, inciso 22, de la Constitución argentina.

Sobre esa base, se aprecia que existe cierta coincidencia doctrinaria en torno a que el Código Civil y Comercial de la Nación concibe un sistema jurídico abierto y dinámico, en cuyo marco sus propias disposiciones, los preceptos de la Carta Magna y las prescripciones de los tratados sobre derechos humanos mantienen un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza constantemente a través de la producción jurisprudencial, atento a que lleva adelante la central tarea de interpretar los casos sometidos a su conocimiento.

7. Colofón

Del análisis que antecede se desprende que el Código Civil y Comercial de la Nación reconoció a los tratados de derechos humanos un estatus que hasta entonces el derecho privado les había negado, concretando el anhelo de que se estructure sobre los notables progresos que tuvo esa rama del derecho a la luz de dichos tratados y la jurisprudencia nacional e internacional producto de su enfoque. En paralelo, empoderó a las técnicas de diálogo de fuentes, erigiéndolas como instrumentos de armonización del complejo entramado normativo que generó la condición reconocida a los tratados sobre derechos humanos. Así dio vida a un sistema jurídico abierto y dinámico, en cuyo marco sus propias disposiciones, los preceptos de la Carta Magna y las prescripciones de los tratados de derechos humanos mantienen un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza constantemente a través de la producción jurisprudencial que lleva adelante la central tarea de interpretar los casos sometidos a su conocimiento.

8. Quiebre con el paradigma formalista

En apretada síntesis, la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos significó incorporar al ordenamiento jurídico nacional un complejo sistema cuyo fin último es tutelar la dignidad humana, motivo

por el cual adquirió una dinámica que exige brindar prontas respuestas a todos aquellos factores que afecten a la persona. Tal fenómeno fue tardíamente captado por el derecho privado, cuando el Código Civil y Comercial de la Nación dio vida a un sistema jurídico abierto y dinámico, en cuyo marco sus propias disposiciones, los preceptos de la Carta Magna y las prescripciones de los tratados de derechos humanos mantienen un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza constantemente a través de la producción jurisprudencial que lleva adelante la central tarea de interpretar los casos sometidos a su conocimiento.

Semejante cambio en la cultura jurídica argentina trajo aparejado un quiebre con el paradigma formalista que predominaba en ella. Sucede que el Poder Judicial cobró absoluto protagonismo en el debate político, toda vez que pasó a empuñar el control de constitucionalidad y de convencionalidad. Paralelamente, las normas empezaron a perder centralidad en manos de los principios y valores que gobiernan el sistema. Por último, la subordinación cedió su lugar a la interpretación y la ponderación. Todo ello, a efectos de ofrecer respuestas cada vez más acordes a los reclamos de la dignidad humana.

En esas condiciones, el litigio de interés público se convierte en una valiosa herramienta para la concreción de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico. Por tanto, se transforma en un espacio idóneo para incidir en la elaboración de políticas públicas. De ahí que se erija como uno de los principales motores del cambio social.

CAPÍTULO III

LAS INTERVENCIONES JUDICIALES DE IMPACTO PÚBLICO: LITIGIOS ESTRATÉGICOS, ESTRUCTURALES Y DE INTERÉS PÚBLICO

MARÍA SOFÍA GANDUR

1. Introducción

Tal como se expuso en el Capítulo II, la reforma constitucional argentina en 1994, a través de la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos, reconoció una multiplicidad de nuevos derechos y amplió el margen del Poder Judicial para ejercer el control de constitucionalidad a diversidad de casos, a la vez que flexibilizó los mecanismos de acceso a la justicia, con la consagración del principio de tutela judicial efectiva.

En ese contexto, el tipo de litigio que ha habilitado la reforma constitucional, en especial el llamado “estructural”, desafía una de las pretensiones más preciadas del formalismo: la de excluir del debate legal cualquier consideración política que no esté dirigida a limitar la competencia de los jueces (Puga, 2012, p. 16).

Por su parte, el litigio de interés público asume un rol fundamental como herramienta de cambio social y de incidencia en materia de políticas públicas con el objetivo de hacer efectivo ese reconocimiento de derechos en la Constitución.

El litigio estratégico es recurso y herramienta fundamental en la búsqueda de expansión de derechos y de incidencia en políticas de derechos humanos.

Bajo esta perspectiva, es objetivo de este apartado el realizar una descripción integral de estos diferentes tipos de litigios, en miras de brindar herramientas

óptimas al docente para que los estudiantes de las CJIP posean elementos de análisis de lo situacional y puedan realizar un abordaje del conflicto social desde una multiplicidad de variables, que son las que en la mayoría de los casos tornan viables las soluciones que los propios estudiantes han de proponer o construir.

2. Derecho de interés público. Litigio de derecho público. Litigio de interés público

La práctica del derecho de interés público es aquella que utiliza conscientemente las formas del derecho para incluir en la deliberación democrática a quienes han quedado excluidos, para mantener los procesos que garantizan esa deliberación y para preservar los acuerdos semánticos en los que se expresa el lenguaje del derecho (Bömer, 2006, p. 5).

Siguiendo a Martin Böhrer (2010, p. 275), entendemos que dado que una de las funciones primarias del derecho de interés público consiste en remediar las fallas de la democracia mayoritaria, los casos llevan a la deliberación pública, mediante la actividad de los tribunales, temas que quienes ostentan la representación democrática han dejado de lado o han tratado con exclusiones injustificadas. De esta forma, el litigio de interés público hace regresar a la discusión pública argumentos que no fueron escuchados o que deberían haber ganado en la discusión mayoritaria, por lo menos provisionalmente hasta que otros actores políticos produzcan mejores argumentos dentro del juego de la democracia constitucional.

Según Paola Bergallo (2005, p. 1), el **litigio de derecho público** consiste en el reclamo judicial en la forma de acciones individuales o colectivas que buscan la transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución.

A diferencia del litigio bipolar tradicional, las partes de estos reclamos son plurales y amorfas e incluyen combinaciones de particulares, defensores públicos y una variedad de organizaciones de la sociedad civil con distintos grados de representatividad del universo de los “afectados”. Además, los casos involucran la interferencia judicial en cuestiones de organización y operación de la administración pública.

3. Litigio estructural

La noción de litigio estructural o caso estructural propone tener en cuenta no ya los hechos pre-jurídicos sobre los que se construye el concepto de litigio de interés público, sino la lógica interna de hechos jurídicos que dan forma al caso judicial. Es decir, se define el litigio estructural a partir de cómo se configura la litis. Con esto se quiere aclarar que un caso de interés público puede devenir en un caso estructural, conforme las pautas que se desarrollan a continuación.

Puga (2014, p. 43) indica que la expresión “litigio estructural” o “caso estructural” califica a intervenciones judiciales que expanden el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales, aclarando que tal expansión es un hecho jurídico antes que un hecho empírico y que, por lo tanto, no interesa si las decisiones judiciales estructurales son efectivas en la realidad siempre y cuando tengan la pretensión de trascender a las partes del proceso.

Al respecto, la autora citada enfatiza que existen ciertos elementos que han sido destacados por la doctrina como medulares del litigio estructural:

- **La intervención de múltiples actores procesales.** Al respecto, pone de resalto que la multiplicidad de actores procesales no resulta imprescindible en un caso estructural porque lo que define a la litis estructural es la imbricación de intereses particulares en un mosaico complejo, pero único, cuya definición precede a la definición del interés de las partes. Por otro lado, en todo proceso colectivo se disputa un caso estructural (pp. 46-48).
- **Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial,** pero que sin embargo son representados por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados. Para que estos afectados/beneficiarios no-actores sean alcanzados por la decisión judicial, se hace necesario que sus intereses, se imbriquen como parte de un interés colectivo, que será tratado en el proceso como una unidad. Lo que interesa en el caso estructural es cómo se vinculan las partes y los beneficiarios con ese interés colectivo: es este último el que define los intereses particulares de aquellos. El interés colectivo se conforma como un relato único que no se particulariza a partir de las participaciones individuales de las partes.
- **Una causa fuente,** que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política institucional o una práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea. La causalidad estructural se vuelve, a veces, un incidente sin sujeto causante, o cuya relación con un sujeto o autor tiene una relevancia secundaria en la determinación del vínculo causal. Se prioriza, en cambio, la consideración de circunstancias relativas al resultado, ya sea corregir el daño causado o evitar que el mismo sea cargado por quien no lo merece.⁽¹⁾
- **Una organización estatal o burocrática** que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos. En su tesis doctoral, Puga (2013) desestima la necesidad de que exista una organización estatal (agencia burocrática o institución pública) como elemento definitorio del litigio estructural.

(1) Para indagar sobre la complejidad de la estructura causal en el litigio estructural se recomienda la lectura de Puga (2014, pp. 57-74), con especial énfasis en el análisis del caso “Mendoza” de la CSJN.

- **La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público**, con propósitos regulatorios a nivel general y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales.
- Pretensiones que involucran la **redistribución de bienes**.
- Una sentencia que supone un conjunto de **órdenes de implementación continua y prolongada**. Tal es la complejidad de la estructura causal de los agravios en los litigios estructurales y la imbricada relación de los intereses en juego, que las soluciones remediales deben asumir idénticos rasgos para ser efectivas.⁽²⁾

El caso estructural es un litigio **policéntrico**, opuesto al litigio bipolar de tipo adversarial en el que las partes se presentan en posiciones enfrentadas. La litis será definida por la forma en que las partes representen sus intereses y reclamos particulares, el juez se erige en árbitro que brindará una solución a esa desavenencia de intereses aplicando el derecho sustantivo y solamente las partes serán las destinatarias de la decisión del juez-árbitro. En el caso estructural, la pretensión individual del reclamante pierde su preponderancia o prelación en la definición del conflicto, puesto que los intereses forman parte de un todo que excede lo específico de la individualidad; el interés colectivo trasciende el individual. Pensar el conflicto de esta manera obliga a reformular las reglas del proceso judicial: la controversia no será necesariamente adversarial; la decisión judicial sobre el interés común probablemente trascenderá a las partes procesales, atravesando a otros afectados no actores; el interés individual ya no podrá ser la medida de la acción procesal ni de la respuesta judicial. Hay un **todo**, una idea de conflicto más general, al que está subordinado el interés individual.

Cuando el litigio es estructural, se observa una clara subversión del carácter **adversarial** del litigio; el juez adquiere una centralidad inusual en la incitación del trámite, y sus decisiones se justifican desde una perspectiva regulativa antes que meramente arbitral. Si el interés particular deja de ser definitorio del litigio porque lo central es el interés colectivo, las partes se ven despojadas del impulso procesal (principio dispositivo del proceso), siendo necesario que el juez pase a asumir un rol protagónico.

Otra característica fundamental del caso estructural es la evaluación regulativa por encima de la evaluación arbitral que realiza el juez: las consecuencias políticas de la decisión judicial asumen un rol preponderante por lo que la mirada pasa de ser retrospectiva (característica propia del caso bipolar adversarial) para ser prospectiva.

El caso estructural reúne las siguientes características: baja adversarialidad, protagonismo del juez, decisiones regulativas, juicios fundados en argumen-

(2) Respecto de la función remedial del poder judicial, y para indagar en la noción de experimentalismo jurídico, cfr. Bergallo (2005) y Pereira (2014).

tos prospectivos y de justicia correctiva y distributiva, y decisorios poco controvertidos en sus fundamentos, pero pasibles de controversias en sus aspiraciones prácticas (el **cómo**) (Puga, 2013, p. 55).

4. Litigio estratégico

El enfoque propuesto por la acepción “litigio estratégico” es eminentemente político. A diferencia de la mirada jurídica que efectuamos para delinear la idea de litigio estructural, en el caso del estratégico, el evento judicial se analiza desde la mirada política. Un caso de litigio estratégico puede ser uno estructural. Existen ejemplos de casos estructurales litigados como procesos individuales (no colectivos) como parte de una estrategia política conocida como “casos testigo” (Puga, 2013, p. 231).

El objetivo del litigio estratégico –o estrategia del “caso testigo”– es que el discurso legal (aun en el caso individual) funcione como un mensaje que fortalezca las luchas políticas, autorizando oficialmente sus demandas estructurales. Lo característico de este enfoque es la confianza en que el litigio puede “constituirse en herramienta de incidencia política y cambio social” (Cels, 2008, p. 19).

El litigio estratégico consiste en la selección de un caso de alto impacto, con el cual acudir a los tribunales de justicia a fin de conseguir una sentencia que más allá de reparar a las víctimas directas del caso en cuestión, permita conseguir reformas legales, la adopción o reforma de políticas públicas o cambiar la conducta de las autoridades, a fin de que los beneficiarios finales del litigio sean todas aquellas personas que se encuentren en una situación similar.

En principio, toda estrategia de reclamo de derechos, en especial en casos que expresan conflictos colectivos, tiene un claro sentido político. Un elemento central para obtener un resultado positivo en los planteos judiciales es la posibilidad de articular lo político con lo jurídico, de modo que la solución del caso legal contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas de Estado o los problemas sociales que han originado el caso.

Otro objetivo perseguido por los casos testigos es el de impulsar un efecto cascada, es decir, favorecer el surgimiento de múltiples reclamos Individuales similares que “podrían generar cambios en las políticas, la legislación y finalmente en las prácticas y/o situaciones estructurales agraviantes” (Puga, 2013, p. 234)⁽³⁾

(3) La autora brinda ejemplos sobre casos litigados en forma individual fomentaron la interposición de múltiples reclamos similares y así propendieron una respuesta de tipo política-legislativa acorde al cambio social pretendido. Uno de esos ejemplos es el de la judicialización de los matrimonios igualitarios que derivaron en la reforma del Código Civil de la Nación.

Desde esta perspectiva eminentemente política, lo estratégico de este tipo de litigio consiste en someter a la consideración de los tribunales los conflictos que están ausentes de la agenda de los poderes políticos como un modo de insertarlos en la discusión pública y otorgarles visibilidad, incidir en la construcción de la agenda política y en el diseño de políticas públicas. Así, el proceso judicial se presenta no solo como un medio de resguardo de derechos sino también como un ámbito en el que es factible transmitir demandas al Estado, fiscalizar o impugnar sus decisiones y dialogar o confrontar con sus diferentes instancias y con los demás protagonistas del conflicto.

Se señala que el litigio estratégico puede servir para: develar y exponer patrones de conducta ilegales y estructuras desde las que sistemáticamente se violan derechos humanos; promover derechos no garantizados por deficiencias o porque la protección efectiva solo se activa a partir de los reclamos de los grupos; controvertir políticas públicas que contradicen estándares internacionales porque su diseño, contenido o forma de implementación afectan derechos humanos; incluir en la agenda del Poder Judicial temas ausentes y exigirle a este que abra arenas de discusión para nuevos temas relacionados con los derechos humanos (Morales, 2010).

5. La pretensión regulativa de las decisiones judiciales

La pretensión regulativa de una decisión es la regla que resuelve el caso o *litis*, cuyo alcance y validez depende del caso que se resuelve (ella expresa la semántica teleológico-normativa de la decisión). Se diferencia de la orden regulativa, en tanto ésta última es la regla expresada en el decisorio con fuerza vinculante, cuyo fin es remedial y tiene carácter instrumental. Finalmente la efectividad regulativa es la correspondencia de la realidad con la pretensión regulativa (ella no supone el mero cumplimiento de **órdenes regulativas**, sino que demanda la aceptación de la pretensión regulativa por parte de los demandantes innominados, o los actores de la implementación) (Puga, 2013, pp. 133-134).

La pretensión regulativa de la decisión se asienta en una regla que puede servir de guía o criterio de decisión a autoridades oficiales, o a la acción de particulares.

La gran mayoría de las decisiones judiciales en nuestro país tienen una orden regulativa o fuerza vinculante limitada a las partes procesales (salvo las acciones colectivas y los fallos plenarios). Sin embargo, su efectividad regulativa no depende solamente de que se cumpla la regla particular que impone esa orden, sino también la regla que decide el caso (que podría ser más amplia) y que instaura la pretensión regulativa de la decisión.

Los valores públicos, y en particular los valores constitucionales, son los que muy a menudo fundan las peculiares pretensiones regulativas de la decisión estructural, en cuanto reglas que trascienden a las relaciones entre las partes procesales.

Solo en los casos estructurales las pretensiones regulativas son amplias, es decir pretensiones de regular aquello que trasciende los intereses de las partes procesales.⁽⁴⁾

6. La función remedial

En el derecho argentino no existe el equivalente terminológico de la idea de “remedios” como se la conoce en el sistema jurídico estadounidense. En éste, el concepto de “*remedy*” se refiere a los distintos tipos de instrucciones que los tribunales ordenan luego de ser persuadidos de los méritos de un planteo del demandante (Bergallo, 2005, p. 3).

Desde la perspectiva remedial, la nueva modalidad de litigio no supone la compensación de daños pasados y acotables a las partes, sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales a través del diseño *ad hoc* de soluciones cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de las situaciones, el impacto en las partes presentes ante el juez.

En los casos de interés público, los problemas de implementación de las decisiones judiciales -y, más concretamente, el de su función y estilo remedial- han sido relegados en las discusiones locales sobre la legitimidad del activismo judicial y las implicancias de la exigibilidad judicial de los derechos socioeconómicos, por un lado, y en el debate sobre las herramientas procesales para la implementación del nuevo litigio en sí, por el otro.

Se cuestiona la legitimidad de la interferencia judicial con espacios reservados a la política y el juego de principios mayoritarios, además de invocarse, desde un enfoque formalista, el principio de división de poderes. Esta crítica puede ser fácilmente superada si se adoptan mecanismos en los que los jueces no tengan que tener la última palabra respecto del remedio a aplicar al caso. Esto se evidenció en el caso “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” (CSJN, 2006), en el que la sentencia exigió a las responsables de la contaminación de la cuenca que presentaran un plan de saneamiento de la misma.

También se advierte sobre la falta de capacidad institucional que se traduce en la dificultad de los jueces para conocer de manera acabada la complejidad del problema llevado a litigio y en consecuencia, la dificultad para emitir órdenes de carácter estructural que resulten efectivas. En los casos de violaciones estructurales, la decisión del tribunal involucra el análisis y el diseño, modificación e implementación de políticas públicas. Esto requiere capacidades técnicas que van mucho más allá de la habilidad jurídica de los tribunales y contar con información que difícilmente pueda ser reco-

(4) Se propone el análisis sobre los casos estructurales de la CSJN “F., A. L.” y “Arriola” en cuyos votos mayoritarios se advierten la construcción del caso por el tribunal y las pretensiones regulativas que trascienden a las partes procesales.

pilada y estudiada en un proceso judicial. Además, requiere evaluar sobre las prioridades de la administración pública que debe estar en manos de agentes administrativos.⁽⁵⁾ Estas dificultades han sido superadas en casos paradigmáticos por nuestra CSJN a través de lo que la doctrina ha llamado *experimentalismo jurídico*.⁽⁶⁾

Finalmente, la preocupación relativa a encontrar el mejor diseño procesal, presupone la plausibilidad de diseñar procedimientos judiciales complejos -y alejados del modelo tradicional del litigio como espacio de resolución de controversias bipolares- sin evaluar los remedios judiciales que se podrían requerir en el marco de nuevas formas procedimentales. Se discuten así alternativas procesales con poca o nula consideración del tipo de remedios que se puede adecuar mejor y más efectivamente a las características de los nuevos procesos colectivos y, generalmente, sumarios.

7. Desarrollo de alternativas innovadoras en materia procesal

La inexistencia de medios procesales para remediar la violación de ciertos derechos, ha llevado a diseñar alternativas a través del litigio.

Los instrumentos procesales disponibles, aunque escasos, deben utilizarse y explorarse en forma creativa, teniendo en cuenta la evolución doctrinaria e institucional que se ha producido en los últimos años. En esta línea, además, ciertas estrategias exitosas de reclamo y remedios judiciales propuestos en litigios sobre derechos sociales pueden, en ocasiones, reproducirse en el contexto de planteos que involucren derechos civiles y políticos.⁽⁷⁾

8. Otras formas de participación en los procesos judiciales: *amicus curiae* y audiencias públicas. Introducción de nuevas voces en el proceso judicial

Los *amicus curiae* (“amigos del tribunal”) son presentaciones que pueden realizar terceros ajenos a una disputa judicial –pero con un justificado interés en la resolución final del litigio–, a fin de expresar sus opiniones, a través de aportes de trascendencia para la sustentación del proceso judicial. Se ha construido una definición de este instituto a partir de su importancia como mecanismo de participación ciudadana cuando la controversia revista interés público. Así se ha dicho que “el *amicus curiae* es una herramienta procesal, mediante la cual, un tercero -ajeno a un proceso determinado-, puede hacer llegar al conocimiento de los magistrados intervinientes, opiniones fundadas en torno a la materia controvertida siempre que la resolución de la causa en la que se deduzca, se encuentren comprometidos intereses de incidencia colectiva, pluriindividua-

(5) Pereira, op. cit., p. 9.

(6) Ver Bergallo, op. cit., y Pereira, op. cit.

(7) CELS, op. cit., 2008, p. 33.

les o, cuando la sentencia, a pesar de tratar sobre la lesión a un bien individual, revista interés general o constituya una cuestión institucional relevante”.⁽⁸⁾

La presentación de *amicus* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentra regulada por medio de la Acordada 28/2004 de la CSJN. En la misma se define la intervención de amigos del tribunal como un “provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”. Esta intervención se encuentra prevista únicamente en las causas en trámite ante la CSJN y siempre que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público.

Se permite la participación de personas físicas o jurídicas ajenas a las partes procesales que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto. Es la propia CSJN la que entiende que existen controversias cuya resolución genera un interés que trasciende al de las partes y se proyecta sobre la comunidad o ciertos sectores de ella y que se hace necesario “resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo”.⁽⁹⁾

Por su parte, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, prevé la participación de *amicus curiae* en el art. 62.3 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana.

Desde la noción de participación ciudadana como proceso mediante el cual se integra al ciudadano en la toma de decisiones, fiscalización, control y ejecución de las acciones que afectan algún ámbito de la esfera pública, la participación de terceros en el caso judicial de interés público, transforma la búsqueda de la justicia en una actividad colectiva creando conciencia social de responsabilidad en el contralor de la gestión pública y también funciona como una herramienta para proponer soluciones al conflicto que sean compatibles con el interés colectivo en juego.

Existen algunos ejemplos conocidos de participación de amigos del tribunal ante la CSJN como fue el caso de la Ley de Medios. En este caso la CSJN re-

(8) ANDHES, *Amicus Curiae*. Documento elaborado en el marco del proyecto “Transparencia y democratización de los poderes judiciales provinciales” (2006-2007). Disponible en: <http://andhes.org.ar/wpcontent/uploads/2013/06/AmicusCuriae.Conceptofundamentosyjurisprudencia.pdf>

(9) CSJN, Acordada 28/2004.

conoció que a través de la invitación de los *amicus curiae* pretendía fomentar la participación ciudadana y favorecer “la difusión pública del modo en que el Tribunal conoce en los asuntos de esta relevancia”.⁽¹⁰⁾

Otra forma de favorecer la participación y la deliberación en los procesos judiciales es por medio de *audiencias públicas*. La utilización de este mecanismo permite un debate más amplio, transparente y participativo en aquellas causas en las que se plantean conflictos que no conciernen solamente a las partes involucradas en el proceso, sino que afectan un interés público. Esta posibilidad impacta además en el control y acceso igualitario a la consideración del tribunal.

Resulta un medio idóneo en los casos estructurales como policéntricos descriptos más arriba, puesto que le otorga un tratamiento adecuado a las cuestiones complejas que involucran intereses colectivos imbricados, favoreciendo el debate, la participación de amplios sectores y la difusión de los temas de interés público que en ellos se suscitan.

Por medio de la Acordada 30/2007 la CSJN reguló el procedimiento de convocatoria a audiencias públicas a fin de “elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República” a la vez que permite a la CSJN “poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal”. Este aspecto evidencia que a través de las audiencias públicas, la Corte también legitima la obligatoriedad de sus sentencias.

Recientemente en el caso “Castillo”⁽¹¹⁾ sobre enseñanza religiosa en las escuelas públicas de la provincia de Salta, la CSJN en una misma resolución convocó a celebrar audiencias públicas e invitó a la participación de *amicus curiae*. Las audiencias fueron grabadas y transmitidas por el Centro de Información Judicial, organismo que depende de la CSJN.⁽¹²⁾

Una particular referencia merece el caso “Mendoza”,⁽¹³⁾ por el que la CSJN continúa celebrando audiencias públicas en las que se presentan informes de cumplimiento de la sentencia, para conocer el grado de avance de los mandatos incluidos en el plan de saneamiento que oportunamente fijó en la causa que tramita por la prevención y recomposición del daño ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo.

(10) CSJN, “Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”. Fallo G. 439. XLIX, 14/08/2013.

(11) CSJN, Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo.

(12) Los videos de las audiencias públicas que se celebran ante la CSJN se encuentran disponibles en <http://www.cij.gov.ar/cijtv/>

(13) CSJN, Mendoza, Beatriz Silvia y otros e/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo).

9. Posibles desafíos y dificultades en el área de litigio en la Clínica Jurídica de Interés Público

La cuestión procesal. El nuevo catálogo de derechos constitucionales que trajo la reforma de 1994 y la incorporación de las acciones colectivas en la letra de la Constitución Nacional (art. 43 2do párrafo) se han erigido como herramientas que habilitaron la expansión del terreno de lo justiciable en nuestro país y se ha facilitado el acceso a la justicia respecto de ciertos tipos de demandas (como por ejemplo: amparo colectivo en materia de protección del medio ambiente, habeas corpus colectivo correctivo respecto del estado de las cárceles).

Sin embargo, la inexistencia de instrumentos procesales concretos para remediar la violación de ciertos derechos, ha obligado a desarrollar alternativas innovadoras o utilizar las herramientas existentes en un sentido diverso de aquel que se tuvo en cuenta al momento de su creación (adaptando carriles procesales típicos de casos bipolares tradicionales a un nuevo tipo de reclamo de tipo estructural).

El primer desafío al momento de encarar un litigio es el de definir la vía procesal adecuada para judicializar el reclamo. Tanto el instrumento procesal utilizado como las intervenciones judiciales que se requieran deben adecuarse a la titularidad del derecho, al carácter de la afectación del derecho y al remedio solicitado. Cuando la titularidad del derecho y su ejercicio son colectivos, el reclamo y la respuesta al conflicto deben concebirse en forma colectiva y cuando se trata de proteger bienes colectivos, es necesario prestar especial atención a la legitimación de quien reclama.

Por otro lado, existen dificultades respecto del remedio que se requerirá. En el tipo de litigio que llevará adelante la clínica, las partes afectadas son a veces indefinidas y por ende los remedios supondrán la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales a través del diseño ad hoc de soluciones cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de las situaciones, el impacto en las partes presentes ante el juez. A su vez, se trata de casos que involucran la interferencia judicial en cuestiones de organización y operación de la administración pública.

En este sentido, es importante tener en cuenta que la función remedial experimental del Poder Judicial en el tipo de litigio que llevará adelante la CJIP. Las limitaciones propias del Poder Judicial (falta de legitimación por tratarse de un poder contramayoritario, escasa especialización técnica en el diseño e implementación de políticas públicas, dificultad para hacer cumplir sus órdenes) pueden eliminarse o disminuirse a través del modelo remedial experimental. Este se propone como un modelo deliberativo en el que el demandante y los funcionarios de la administración pública negocian la mejor solución posible en condiciones de provisionalidad y transparencia bajo el arbitraje del juez o sus funcionarios delegados. Las ventajas son evidentes: se legitima la decisión judicial en tanto no es el juez quien tiene la última palabra en el diseño de la

orden judicial remedial; se democratiza el procedimiento judicial por cuanto se abre un espacio de diálogo y discusión entre las partes involucradas; se elevan las probabilidades de cumplimiento de la orden judicial en virtud de que los funcionarios que deben acatar la orden han participado en su proyección; se genera un proceso participativo en el que la sociedad civil, las autoridades y los damnificados entablan un diálogo transparente y abierto.

El valor del antecedente. El éxito en un caso puede derivar en la solución al problema de interés público que se llevó a los estrados judiciales y además tener repercusiones variadas: modificar la percepción de las autoridades estatales respecto de ciertos conflictos o problemas sociales, desencadenar múltiples planteos similares, incidir en el diseño de políticas públicas, influenciar en la reforma de la legislación vigente, movilizar la opinión pública, introducir temas en la agenda política.

Pero también es necesario reconocer desde el primer momento que el litigio puede resultar en un mal antecedente o no obtenerse los resultados esperados. No debe encararse el caso con el objetivo de “ganar”, sino, principalmente, ampliar y efectivizar derechos, y además de remediar problemas estructurales, provocar transformaciones sociales, insertar temas en la discusión pública y en la agenda política, etc.

Excesiva duración de los procesos judiciales vs. urgencia de las demandas relacionadas con derechos de subsistencia. Es conocido que embarcarse en un proceso judicial muchas veces implica permanecer mucho tiempo desde que se inicia hasta que se obtiene una orden judicial firme que puede ejecutarse. En el caso de demandas con reclamos urgentes, vinculados a derechos de subsistencia. Esta dificultad puede afrontarse a través de estrategias no judiciales trabajando en conjunto con instituciones específicamente dedicadas a estos objetivos. A través de esta herramienta esencial se puede impedir que el transcurso del tiempo y la demora de las respuestas erosionen la organización y la movilización del grupo.

La definición de la competencia del propio Poder Judicial. La concepción tradicional de los poderes del estado como compartimentos estancos y la existencia de cuestiones políticas no justiciables dificulta la tarea.

No instrumentalizar a los sujetos involucrados. Sobre todo ante casos de alto impacto y la selección de casos testigo, quienes integran la CJIP pueden encontrarse con un legitimado activo conformado por un grupo de personas afectadas para quienes la solución real del problema que les aqueja es de suma importancia. Por ello, es necesario que se explique a los sujetos involucrados las implicancias del proceso que se llevará adelante (tiempo, consecuencias, impacto mediático, riesgos posibles). A su vez, es necesario entender que muchas veces será necesario dar contención psicológica a quienes se encuentran afectados y han decidido que se desarrolle el proceso judicial.

Recursos humanos y materiales necesarios para llevar adelante un litigio. Para poder llevar adelante un litigio, una CJIP debe contar con apoyo insti-

tucional y una estructura idónea en la Universidad donde funciona. Con esto nos referimos a que debe ser creada a través de los instrumentos formales correspondientes, contar con un equipo docente full time o con semi dedicación designado en la materia o programa en el que se hubiere creado la clínica.

Asimismo, debe contar con un espacio físico y los recursos materiales necesarios para el desarrollo de las clases, para el trabajo en equipo, para escribir e imprimir o consultar bibliografía y además para poder llevar adelante las reuniones entre quienes integran la clínica (docentes, coordinadores, estudiantes) y las personas invitadas o que recurren a entrevistas con el equipo.

Estrategia de comunicación. Para aprovechar al máximo el valor simbólico de los procesos judiciales, y conseguir un impacto más allá del propio caso, y crear precedentes de aplicación en otros casos y situaciones similares o transformación en la legislación vigente o el cese de las prácticas denunciadas, es necesario planificar una estrategia de comunicación.

10. Actividades

En la clase, luego de haber desarrollado el tema de litigio y leída la bibliografía recomendada, pueden desarrollarse algunas actividades a los efectos de que los estudiantes puedan ejercitar y replantearse el nuevo saber incorporado y consolidar los nuevos conceptos adquiridos.

Actividad propuesta

Teniendo en cuenta el marco conceptual del eje, identificar qué tipos de litigios (y clase de remedios judiciales, si correspondiere) implican cada uno de los siguientes casos. Explicar brevemente por qué:

- 1) El apoderado de un partido que presenta candidatos a representantes de los abogados en las elecciones estamentarias del Consejo de la Magistratura demanda la inconstitucionalidad de la ley que reglamenta la composición de esa institución, la cual había sido aprobada en una sesión extraordinaria de 1 hora. El demandante adujo, entre otros argumentos, afecciones a la división de poderes y a la independencia e imparcialidad judicial, y por ende, al sistema republicano. La Corte Suprema, previamente a resolver, convocó a todos los actores políticos y civiles que se pudieran ver afectados por la decisión para que acerquen sus argumentos al tribunal en una audiencia pública.
- 2) Durante un mismo mes, en 10 provincias argentinas, distintas ONG feministas presentaron sendas demandas contra los estados provinciales solicitando a los tribunales que intimen a los ministerios de Salud para que reglamenten el “Protocolo para la atención integral de las personas con derecho a la interrupción legal del embarazo”, a los fines de cesar las violaciones a los derechos de la mujeres al aborto no punible.
- 3) Cada año, luego del leading case “Dolores”, la Cámara en lo Contencioso Administrativo de Tucumán recibe 250 demandas de amparo a la salud

- contra el Instituto de Previsión y Seguridad Social por parte de afiliados particulares, requiriendo que la Obra Social del IPPST les reconozca el 100% de diversos tratamientos, medicamentos y cirugías médicas.
- 4) Fiscales de instrucción penal presentan un hábeas corpus colectivo contra el Poder Ejecutivo solicitando que se declare la emergencia en materia de alojamiento de detenidos, que se traslade a todos los presos de las comisarías a una dependencia acorde para contextos de encierro y que se exima a los policías del traslado y custodia de detenidos. La sentencia del Tribunal requirió informes cada 20 días e instó a los poderes políticos a modificar el régimen de contravenciones y crear una Comisión Provincial de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (la que deberá estar integrada por representantes de asociaciones de derechos humanos).
 - 5) En noviembre de 2016, mes de la celebración del día de la Libertad Religiosa, la Clínica Jurídica de Interés Público de la Facultad de Derecho presentó una demanda solicitando que se retiren las imágenes religiosas de los Tribunales provinciales, en el contexto de la campaña nacional en favor de la neutralidad religiosa del Poder Judicial en conjunto con la ONG ANDHES, aduciendo la violación permanente a la libertad de culto de lxs abogadxs y a los fines de introducir en la agenda política y mediática la reforma del art. 2° de la Constitución Nacional
 - 6) Un gremio representante de personas privadas de la libertad presentó un amparo con medida cautelar y declaración de inconstitucionalidad del art. 3°, inc. 3, del Código Electoral Provincial, por el cual se prohíbe el voto a lxs condenadxs por delitos dolosos durante el término de la condena. Dada la cercanía de los comicios, la Sala II de la CCA hizo lugar a la cautelar (postergando la resolución sobre el fondo) y requirió a la Junta Electoral que se habiliten urnas en los establecimientos penitenciarios para hacer cesar la violación estructural de derechos políticos sobre las personas condenadas a penas privativas de libertad.

CAPÍTULO IV

CÓMO IMPLEMENTAR LA PEDAGOGÍA CLÍNICA EN LAS AULAS DE DERECHO

PEDRO D. ARREGUEZ - MERCEDES DEL VALLE CASTILLA

1. Introducción y objetivos

El presente capítulo abordará primeramente una reseña histórica de la enseñanza clínica del derecho, a fin de que el docente conozca los orígenes y la importancia de la metodología propuesta. Luego se precisará, a los fines de brindar herramientas atinadas para la puesta en ejecución del presente manual y en forma genérica, el perfil del docente clínico. Posteriormente, se señalarán las habilidades que el docente clínico deberá lograr que sus alumnos desarrollen. A continuación se describirán las herramientas pedagógicas a desplegar en las aulas de derecho para el desarrollo de aquellas habilidades, cerrando el capítulo con una conclusión que pondere los beneficios de la incorporación de la dinámica clínica en las facultades de derecho.

2. El método clínico de enseñanza del derecho. Origen. Alcance. Tensión con la enseñanza tradicional del derecho

El presente capítulo refiere a un objeto de estudio preciso y definido que fue menospreciado por la tradición de enseñanza del derecho continental de base romanista. Ese objeto de estudio dejado de lado se trata de la práctica profesional y judicial. Ante ello, aquí se propone un método de enseñanza del derecho que difiere radicalmente y se aleja del modelo presente actualmente en nuestras facultades. Es decir, que la enseñanza del derecho y su práctica profesional, tal como hasta ahora las conocemos, no resultan ser el mejor modelo a seguir; por el contrario, proponemos reformular esa enseñanza sobre una nueva mirada al respecto.

Los siguientes interrogantes sirven válidamente para disparar y entrar en comprensión de lo que se intenta mostrar como mejor alternativa. ¿Qué necesitamos saber para enseñar a nuestros alumnos a litigar diligentemente en la defensa de intereses públicos o colectivos?, ¿cómo prepararlos para enfrentar a un tribunal y al abogado de la otra parte?, ¿cómo ayudarlos a relacionarse con los clientes, a identificar correctamente su voluntad o sus deseos?, ¿qué técnicas debemos suministrarles para que sepan investigar un caso, probar los hechos y argumentar jurídicamente en el marco de un conflicto real?

Para ello se propone el método clínico de enseñanza del derecho. La propuesta clínica resulta perfectamente ilustrada por el artículo seminal de Jerome Frank titulado “*Why not a clinical Lawyer school?*” (¿Por qué no una Escuela de Clínica Legal?) (1933). El autor sostiene que las escuelas de derecho podrían aprender mucho de las escuelas de medicina, en cuanto al uso de las clínicas gratuitas y dispensarios como ámbitos para desarrollar un método de enseñanza basado en la práctica de los estudiantes en la atención de casos reales. La crítica de Frank al método predominante por entonces en las facultades estadounidenses apunta directamente a la concepción extremadamente positivista y logicista del derecho en la cual se basa (Abramovich, 2007, p. 92). El sistema que resulta observado ahora continúa en estos tiempos presente en las aulas de derecho, conforme se señaló, se argumentó y describió en el capítulo primero.

La formulación básica de la propuesta de educación clínica pone su crítica a un modelo de educación jurídica –que sigue siendo el hegemónico en la mayoría de las facultades de derecho de América Latina– en el que predominan como aspecto primario la transmisión enciclopédica y memorística del contenido de normas y de comentarios doctrinarios. Se trata de un modelo que demuestra y evidencia una jerarquía, dentro de la cual el papel del estudiante se reduce a receptor pasivo de los contenidos elegidos por el docente, y cuya forma de evaluación consiste en la repetición de esos contenidos en uno o varios exámenes en los que se juega la aprobación y la calificación completa del curso.

La gran mayoría de las facultades de derecho ancladas en el sistema continental se encuentran arraigadas a esa concepción tradicional de enseñanza. Ello, porque imparten una educación formalista y enciclopedista que convierte al derecho en una suerte de contenidos fijos e inmutables, que requieren necesariamente ser memorizados. Bajo esta visión queda de lado el gran dinamismo y la importancia de la formación práctica que demanda el ejercicio de la profesión de abogado.

En efecto, las currículas no incluyen elementos imprescindibles de los que deberá valerse el futuro graduado, tales como planificar estrategias legales, entrevistar a un cliente o a un testigo, redactar escritos judiciales, y mucho menos lidiar con el contexto del caso y del sistema judicial en su conjunto. Conciben a la práctica como una mera técnica y como aquello que los

alumnos adquieren recién después de graduarse, y por sus propios medios. En tal sentido, la práctica profesional y su mejor nivel posible quedarían librados a la iniciativa e inquietud del propio futuro profesional. Como consecuencia de ello, los primeros años de ejercicio de la profesión implican y exigen insertarse en un terreno desconocido, teniendo que aprender el máximo, pero en el menor tiempo posible.

Por lo tanto, las clínicas jurídicas, antes inspiradas en las clínicas médicas, deben ser ámbitos en los que los profesores se dediquen exclusivamente a enseñar y trabajar en los casos sin participar en la práctica profesional privada. De este modo, los estudiantes aprenderían a observar el lado humano de la administración de justicia, incluyendo, entre otras cuestiones esenciales las siguientes:

- a) *Cómo el jurado decide un caso. Los factores que cuentan en el juicio por jurados, la poca importancia de las instrucciones del juez en el veredicto, el azar como factor a considerar en el juicio.*⁽¹⁾
- b) *El carácter incierto de los hechos del caso cuando ellos resultan controvertidos. La diferencia entre lo que realmente ocurrió entre las partes, y la versión de los hechos que se presenta ante el juez y el jurado.*⁽²⁾ *La importancia trascendente de los hechos del caso, la imposibilidad de anticipar el resultado del juicio antes de que el proceso comience, precisamente en virtud de la importancia de los hechos del caso, las múltiples vicisitudes de la actividad probatoria y la falta de certeza acerca de cómo evaluarán los jurados esa prueba. En tal sentido, los hechos son mucho más relevantes que el derecho invocado en el caso. Los principios y reglas legales son solo una parte de los argumentos que los abogados utilizarán en su esfuerzo por ganar el caso.*
- c) *Cómo los derechos usualmente se sostienen en la mala memoria, en los prejuicios y aun en el perjurio de los testigos.*
- d) *Los efectos de la fatiga, la atención, la presión política, la corrupción, la pereza, la conciencia, la paciencia o la impaciencia; los prejuicios o la tolerancia de los jueces en el resultado de un caso.*
- e) *Los métodos usados en negociar contratos y resolver conflictos.*
- f) *Cómo un abogado intenta traducir los deseos del cliente (habitualmente mal expresados) en contratos, documentos o estatutos sociales (Abramovich, p. 95).*

En definitiva, se pretende que el estudiante pueda entender que los derechos y las obligaciones son solamente aquello que algún día puede ocurrir al final de una acción judicial.

(1) Si bien en nuestro país recientemente se está avanzando en materia legislativa en la implementación de juicios por jurados, la reseña deviene ilustrativa para graficar el proceso que atraviesa el servicio de administración de justicia en la toma de decisión.

(2) Con el correspondiente abordaje ético que ello implica.

Ante esta realidad, y en tanto pretendemos que la enseñanza clínica del derecho configure una alternativa innovadora, se ha proyectado una propuesta pedagógica en miras a ofrecer un espacio de formación que se ajusta en mejor medida a las exigencias de una sociedad compleja y dinámica, buscando gestar en el alumno destrezas y habilidades para actuar en el medio profesional, el desarrollo de un pensamiento prospectivo y un aprendizaje activo, lo que representa un verdadero “entrenamiento académico-reflexivo” (Puga, 2002, p. 50).

3. Sobre el docente clínico

Actualmente la enseñanza universitaria del derecho está en un momento de transformación y búsqueda de un nuevo camino. Es decir que encontramos en pleno debate y puesta en crítica la actual calidad en la formación de los estudiantes, como también la misma metodología aplicada a los alumnos. Tales exigencias también se perciben desde el medio laboral en el que posteriormente van a insertarse los egresados de nuestras universidades. Bajo esa premisa, se busca por este medio acercar la visión posible de un espacio más abierto y flexible en el que se pueda preparar al estudiante para un ejercicio responsable de la profesión, que responda a las exigencias de los nuevos debates que tiene la sociedad actual.

Así, se pretende incentivar un cambio en la enseñanza tradicional de la práctica profesional para cumplir con los objetivos planteados. Dejar de lado los postulados que la enseñanza tradicional ha ido sosteniendo, conforme a la visión aportada desde el formalismo jurídico. Se ha dicho ya que esa visión limita el derecho a la ley, a los libros, a la jurisprudencia, a todo lo escrito; ahora se pretende dotar al estudiante de técnicas de análisis y destrezas o habilidades profesionales que sirvan de medios para aprender desde su propia experiencia.

Para ello, es necesario poner en práctica estrategias pedagógicas y didácticas a través de las cuales se pueda lograr la adquisición de las competencias pretendidas.

Mediante las estrategias que serán señaladas, el estudiante adquiere mayor protagonismo que en las metodologías de enseñanza tradicionales. La idea pretendida es que el estudiante vaya construyendo los conocimientos y desarrollando las habilidades mediante su búsqueda personal, en forma activa y directa.

Esa finalidad perseguida exige un docente con un rol activo, que oriente, acompañe y guíe a los alumnos dentro del proceso de aprendizaje. Dicho de otra manera, en la propuesta de educación clínica los roles docente-alumno se redimensionan y cambian. Pretendemos pasar de experiencias en las que el docente tiene y transmite todo el conocimiento a través de clases magistrales, explicativas, expositivas, descriptivas, en las cuales los alumnos escuchan y toman nota; a una forma más dinámica en la que con la ayuda y guía

del docente, los estudiantes sean los encargados de la toma de decisiones en las que prevalezcan el análisis de los medios y de las circunstancias para lograr determinados fines. En tal sentido, el aprendizaje resulta más atractivo y motivador.

Pero eso no es todo. En estos casos el alumno no se limita a registrar la información recibida mediante la guía del docente, sino que la contrasta posteriormente en grupo. Existe pues un carácter colaborativo o compartido del conocimiento ya que se aprende confrontando informaciones y opiniones. Este método de enseñanza se caracteriza precisamente por ser activa, motivadora, dinámica e implicativa (de la Lotte & Violant, 2010, p. 3), y enriquecedora, tanto para los docentes como para los alumnos.

Ello exige indefectiblemente un docente abierto y predispuesto a reformular su propio rol pedagógico frente a los alumnos. El docente deberá conocer no solo la ley, la jurisprudencia y la doctrina; también deberá dominar el contexto que rodea a los casos. Requerirá de su capacidad para instarlos a recolectar datos, procesarlos, sistematizarlos, en pos de un mejor ejercicio profesional. Igualmente deberá evidenciar una postura permeable a la discusión, al debate, al trabajo grupal, rompiendo con el modelo del alumno pasivo y docente omnicomprendivo del conocimiento.

Tales exigencias aparecen como mandatos esenciales para que la metodología clínica pueda servir positivamente al objetivo de enseñar las habilidades a los alumnos; habilidades estas que son señaladas a continuación.

4. Habilidades y destrezas que se esperan desarrollar en los alumnos

El método clínico de enseñanza del derecho lleva en esencia la necesidad de que los estudiantes de derecho alcancen, al menos, las habilidades o destrezas que abajo se mencionan.

Efectuaremos una breve descripción de cada habilidad, a fin de que el docente dimensione el tipo de enseñanza que se pretende impartir, y comprenda la vinculación que existe entre ellas.

4.1. Abordaje crítico de los hechos

Esta habilidad consiste en que el alumno pueda efectuar una descripción crítica de los hechos del caso. Ello supone que la tarea descriptiva no debe agotarse en un detalle analítico de lo ocurrido, de aquellos hechos evidentes y constatados. Supone una labor intuitiva respecto de la cual el docente deberá interpelar al alumno a fin de que su análisis incluya aquellos aspectos fácticos que no se dicen, que están ocultos, buscando lo omitido y menos aparente. Para alcanzar esta destreza, los alumnos deberán necesariamente considerar y dimensionar todas las circunstancias que rodean los hechos puntuales y conocidos, indagando incluso y de sobremanera el contexto dentro del cual se verifican.

4.2. Abordaje crítico del derecho

Abordar críticamente el derecho supone que el docente deberá interpelar al alumno para que descubra dentro del plexo normativo las diferentes soluciones y alternativas posibles para un determinado caso. Pero dicha tarea entraña la necesidad esencial de poner en crisis el derecho que resultaría aplicable,⁽³⁾ como la misma solución que aporta ese derecho, en la intención de que el estudiante descubra si existe otra mejor solución.

4.3. Flexibilización de los cursos de acción

Esta habilidad refiere a que el alumno analice los diferentes caminos posibles y probables tendientes a encontrar una solución para el caso. Deberá poder identificar las distintas alternativas posibles que le permitan un mejor y más eficaz resultado. La habilidad supone dimensionar que el litigio en los tribunales no siempre aparece como la mejor manera de gestionar y proteger derechos, para lo cual deberá pensar críticamente las herramientas que aporta el sistema tradicional y conocido, flexibilizando de esta manera su visión estrictamente litigiosa, dando paso a la indagación de la existencia de otro medio más eficaz y eficiente (diferentes tipos de litigios, análisis de políticas públicas, etc).

4.4. Recolección y sistematización de la información y de los medios para conseguirla

Esta habilidad consiste en que el alumno incorpore la necesidad de contar con la mayor cantidad de datos posibles relativos al caso, a las personas, y a las circunstancias sociales, políticas, económicas, y a la comprensión del contexto en general y en forma particular. Igualmente, el docente deberá guiar al alumno para encontrar los medios adecuados a fin de encontrar aquellos datos. Supone que el alumno dimensione y descubra la importancia que revisten los datos que giran en torno al caso, que cuando comprende o está en juego un interés público, ellos resultan ser de diversa índole, correspondiendo por tanto indagar sobre la pertinencia de los mismos. Incluye la destreza de conocer los medios necesarios para recolectar esos datos, para posteriormente aplicar una técnica metodológica para su sistematización, lo que resulta necesario para hacer un uso efectivo y más eficaz de ellos.

4.5. Internalización de la importancia práctica de tal recolección

Esta habilidad se vincula a la anterior, y consiste en la cabal dimensión que el alumno necesita concebir sobre la importancia práctica que reviste la sistematización de los datos. El docente deberá acompañar y guiar eficientemente ese proceso de internalización. La sistematización que se pretende no solo implica un proceso en el que se escriben datos, sino que también supone y exige que el alumno que sistematice los datos lo haga en forma disciplinada

(3) De ahí la importancia de tener una idea liminar de las temáticas abordadas en los capítulos II y III, respectivamente.

desde lo metodológico y que pueda desarrollar la capacidad de análisis, inferencia e interpretación. Cuando se sistematiza información se comprende con mayor intensidad ese proceso que está ejecutando, ese objeto sobre el que se está trabajando o investigando y se otorga al trabajo principios orientados a obtener rigor científico.

4.6. Análisis y comprensión del contexto. Pensamiento prospectivo

Consiste en analizar los textos legales, las situaciones y circunstancias que se presenten, pero siempre con el objetivo de que el alumno sea consciente de que el resultado que alcance por su directa aplicación no resulta ser lo determinante. Pues, bajo esta óptica, se pretende que el docente interpele al alumno para que los resultados que busque trasciendan el mismo caso y puedan por este medio alcanzar objetivos a corto, mediano o largo plazo, pudiendo así sentar futuras bases de políticas públicas o bien resultados de amplia aplicación. Allí radica la visión prospectiva que el docente debe tender a inculcar en el alumno como habilidad.

4.7. Práctica de la profesión

Se refiere a un ejercicio de la profesión de abogado que no se ajusta al modelo tradicional, que básicamente consistiría en acudir a los tribunales locales y transitar sus pasillos cual visita informativa por sus mostradores. La destreza entraña la preparación de alumnos con habilidades fuertes y de neto compromiso social; futuros abogados capaces de representar verdaderos intereses colectivos, que asistan y lleven adelante casos de interés público donde se juegan intereses superiores (colectivos/estratégicos) y de enorme alcance e intensidad, los que por su propia naturaleza no se ajustan muchas veces a los cánones procesales tradicionales. De allí que el docente deberá guiar a los alumnos en esa concepción.

4.8. Trabajo en equipo

Es una destreza que funciona como uno de los pilares básicos para la enseñanza clínica. Es la forma a través de la cual rompemos con la visión individualista del abogado en la soledad de su escritorio y su esquema tradicional de trabajo. Estamos acostumbrados a que los estudiantes asistan a clases acompañados de sus compañeros o amigos, pero solo para sentarse a la par entre sí. No hay interacción entre ellos durante el desarrollo de la clase, y mucho menos con los demás estudiantes. Esto se ve plasmado hasta en las estructuras edilicias de las aulas, ya que comúnmente los asientos se encuentran ubicados unos detrás del otro y muchas veces fijos, sin posibilidad de movimentarlos para entablar una conversación con otra persona que no esté al lado. Y es justamente esto lo que no necesitamos. El docente deberá incitar el intercambio de ideas, discusiones, debates. El trabajo en equipo es fundamental porque promueve el compañerismo, el debate, nos permite ser más creativos, aprender a respetar la opinión y la manera de hacer las cosas de los demás, motivando la

responsabilidad y el compromiso mutuo. En un verdadero trabajo en equipo, los miembros, a pesar de sus intereses y personalidades se escuchan y retroalimentan, están dispuestos a cambiar de opinión y crear medios de acción en conjunto. Los esfuerzos individuales se potencian, disminuyendo el tiempo de acción y aumentando la eficacia de los resultados.

El primer paso para empezar a trabajar en grupo es organizar el trabajo. En términos de estructura dinámica, es recomendable distribuir los asientos de manera circular para que, de esa forma, todos los participantes puedan verse la cara y escucharse mientras hablan. De este modo, docentes y alumnos plantean temas y exponen sus opiniones, dudas, preguntas y así van direccionando su plan de acción hacia los objetivos que se planteen.

4.9. Decodificación del discurso/lenguaje jurídico

Esta habilidad refiere a la capacidad del alumno de analizar críticamente los términos empleados, descubriendo los discursos ocultos pero presentes en los pronunciamientos, en la doctrina, en la letra misma de la ley. El discurso no es inocente, y esa premisa deberá ser resaltada por el docente para formar al alumno a preguntarse sistemáticamente por el uso de los términos y sus alcances expresos y tácitos. Esta habilidad, igualmente, consiste en que el alumno alcance la capacidad de comprender que el lenguaje jurídico a emplear debe resultar comprensible, no solo para los profesionales del derecho, sino principalmente para todos los destinatarios de las regulaciones legales. Supone por tanto alcanzar la destreza del entendimiento por parte de los diversos destinatarios del discurso jurídico.

4.10. Interacción con los ciudadanos a quienes se podría representar bajo el espectro clínico

Esta habilidad refiere a la vinculación directa que el alumno debe entablar con las personas o grupos a quienes podría representar. El docente deberá guiar al alumno para que este descubra y desarrolle habilidades que le permitan comprender el deseo de sus clientes, el alcance de lo que pretenden, el lugar desde el cual comienza el reclamo de sus derechos. Deberán los alumnos poder explicar el escenario en el cual se reclamará, las alternativas probables por las que atravesaría el reclamo, advirtiendo los imponderables que podrían enfrentar. Esa tarea requiere como premisa una incorporación consciente y eficaz de las destrezas antes señaladas.

5. ¿Cuáles son las estrategias pedagógicas necesarias para la enseñanza clínica del derecho en el aula?

Ahora es momento de señalar aquellas estrategias pedagógicas que le son propias a la enseñanza clínica y que con conductas para desarrollar en los alumnos aquellas habilidades/destrezas indicadas. Cabe indicar que la dinámica y efectividad de las técnicas pedagógicas dependerán primariamente del docente y sus cualidades para guiar al alumno en el aprendizaje.

A continuación se describen las técnicas posibles para aplicar en el aula:

- a) *El aula de nuestra facultad aparece como el primer escenario donde se desarrollará la actividad clínica entre el docente y los alumnos. Ese escenario resulta por ahora idéntico al utilizado en la formación tradicional de enseñanza práctica del derecho, un orador y muchos oyentes. Sin embargo el docente deberá llevar adelante sus tareas con los alumnos utilizando una disposición circular de los bancos en el aula. De esa manera todos los alumnos resultan confrontados y se elimina cualquier signo distintivo de jerarquía, ya que entre todos ellos se ubicará también, dentro del círculo, el propio docente clínico. Esa estrategia promueve positivamente el debate, el intercambio de ideas, la discusión en paridad entre sus integrantes. Ello permite también la posibilidad de analizar los gestos de los propios integrantes del grupo frente a un caso y las posturas contrarias, posibilitando que el docente clínico mida el tenor de esos datos a fin de evitar en la mayor medida posible las situaciones que atenten contra el espíritu de colaboración y trabajo en equipo que debe imperar. La disposición de todo el grupo de trabajo resulta esencial que sea promovida por el docente.*
- b) *Bajo esas condiciones de disposición del grupo en el aula, el docente deberá preparar disparadores (aun cuando de antemano esté determinado el tema de aprendizaje), a fin de que los alumnos abran la discusión sobre situaciones bajo las cuales se vería afectado el interés público de la comunidad, y sean pertinentes a la materia del docente. Ello supone necesariamente la capacidad del docente para dejar fluir el interés de los alumnos e identificar sus inquietudes, y desde allí orientar, reorientar y guiar (en clave de acompañamiento) sus dudas y acciones. De igual modo, el docente deberá tener acabado conocimiento de las alternativas sociales e institucionales que puedan estar ocurriendo en un lugar y en un momento determinado (se requiere un docente activo respecto del medio social y sus circunstancias de tipo situacional), condición inevitable para poder guiar en forma conducente las propuestas de los alumnos. Bajo esa mecánica, el grupo deberá definir la situación o tema sobre el que avanzará.*
- c) *Definida la situación, tema u objeto de trabajo, el docente deberá instar a los alumnos a definir un plan rector para abordarlo. Ello implica que deberá estimular a los alumnos a imaginar el escenario con el que se enfrentarán. Una vez más, el docente deberá poner a prueba cada razonamiento propuesto por los alumnos para así medir la viabilidad y efectividad posible del mismo. Los alumnos deberán identificar las garantías que se encuentran afectadas, las personas o colectivo de ellas alcanzadas, la situación social y económica de los afectados, las condiciones socioambientales, es decir, determinar la totalidad de las circunstancias de hecho que rodean a esos sujetos o colectivo, en el caso determinado.*
- d) *Lo arriba indicado requerirá que el docente guíe a los alumnos en una tarea minuciosa de descripción del fenómeno abordado. Ello conlleva que el trabajo de los alumnos estará orientado a la recolección de todos aquellos datos necesarios. Para tal cometido, de ser necesario, el docente*

deberá sugerir la consulta interdisciplinaria para que tomen contacto con profesiones cuya especificidad aporte a dicha tarea de recolección una visión más amplia y enriquecedora de la que aporta el derecho. Mismo proceder deberá observar para la tarea de analizar y sistematizar todos aquellos datos recolectados. De esa forma, el alumno conocerá una labor investigativa novedosa en su estructura de formación como abogado. De igual modo, el docente procurará idénticas tareas para el análisis y sistematización de todos los datos por parte de los alumnos. De esa forma, el alumno comenzará a construir un conocimiento empírico hasta entonces inexistente, como también una nueva manera de pensar un caso.

- e) Paralelamente resultará necesario que el docente exija que los alumnos piensen críticamente el derecho aplicable al caso u objeto de tratamiento. Deberá poner a prueba frente a los alumnos la justicia y razonabilidad aparente que surgiría de una aplicación lógica de la norma pertinente. El docente debe poner en debate la norma tal cual fuera sancionada, y debe procurar que sea contrastada con todos los datos recolectados y sistematizados. Puntualmente, se pretende que el alumno piense el derecho dado sobre la base de aquel conocimiento empírico que va incorporando.*
- f) Concomitantemente, el docente requerirá que los alumnos organicen una reunión con la persona, las personas o colectivo afectado por la situación elegida para su tratamiento, o en su caso visitar el lugar respecto del cual se pretende hacer una intervención específica, conforme el resultado de lo que los alumnos hubieren elegido en aquel momento primero del debate. Para este supuesto, el docente deberá promover una preparación especial del alumno en el manejo de terminología acorde a su o sus receptores. Para ello, deberá efectuar entre el grupo de alumnos situaciones simuladas, la preparación de cuestionarios previos, y la anticipación de todo dato posible relacionado con ese nuevo escenario al cual el alumno interpelará, a fin de tratar de que el estudiante llegue a ese momento con la mayor y mejor preparación posible. Se trata también de que el docente incorpore en el clínico la necesidad de conocer previamente su auditorio, el destinatario del mensaje que pretende acercar.*
- g) Con posterioridad, el docente requerirá de los alumnos una evaluación sistematizada de los datos obtenidos, de las entrevistas cumplidas, de los derechos en juego, de la experiencia interdisciplinaria, para así guiarlos en la elaboración de un plan de acción preciso. Para ello resultará esencial que el docente oriente y guíe a los alumnos en la elección de todos aquellos medios posibles, intentando que reflexionen sobre las virtudes y falencias de cada alternativa elegida, con una visión crítica de cada una de ellas, para que de esa manera dimensionen la verdadera eficacia de cada posible curso de acción a adoptar en el caso elegido.*

CONCLUSIÓN

La propuesta pedagógica consignada a lo largo de este manual, y descripta paso a paso en los capítulos precedentes, resulta necesaria y esencial para llevar adelante válidamente un caso clínico. Pero los pasos indicados, además de elementales, también aparecen como ilustrativos, toda vez que remiten, refieren y exigen de un docente guía, flexible, capaz de dotar a sus alumnos de un espíritu crítico mediante el cual adviertan las virtudes y deficiencias de todo el sistema; un docente que tenga la cabal intención de ejercer una tarea por la que estos incorporen la habilidad de practicar por fuera de un modelo tradicional que no da respuesta eficaz a muchas situaciones cada vez más complejas.

Las técnicas expuestas tampoco pretenden agotarse en ese detalle propuesto, pues su elasticidad para que el docente las implemente y el alumno las recepte depende de variables como el tema elegido, las circunstancias que rodean esa situación, la habilidad del docente para interpelar eficazmente a los alumnos.

En el presente manual se ha consignado una breve reseña del modelo de enseñanza clínico, contrapuesto al modelo de enseñanza tradicional del derecho, que se mantiene vigente actualmente. La referencia histórica de estos modelos pone de manifiesto las causas y razones que llevaron a la aparición de un número cada vez mayor de clínicas con el modelo pedagógico que se propone, en el convencimiento de que se ajusta mejor a los requerimientos de una sociedad cada vez más compleja y dinámica. Pero también colabora positivamente en la formación de profesionales capaces de egresar con destrezas que permiten un ejercicio más efectivo de la profesión de abogado. Ello resulta valioso frente a un modelo agotado, vetusto por su anacronismo endémico, que permite el egreso de profesionales sin real preparación práctica.

Allí resultan elementales las características del docente clínico, sin el cual el modelo de pedagogía clínica no podría ser posible o, cuanto menos, efectivo. Por tanto, queda evidenciada la necesidad de un docente flexible, crítico, comprometido con su entorno social e institucional, que se anime a romper moldes y a elaborar planes de acción sobre la base de una tarea que excede el ritualismo acrítico del abogado con formación tradicional.

Asimismo, se señalaron las destrezas básicas que se pretende inculcar a los alumnos, dando una breve detalle de su alcance y contenido, para finalmente proponer una serie de estrategias pedagógicas que hagan viable y posible la visión y contenido de la metodología clínica para enseñar derecho. Las estrategias expuestas no pretenden agotar las posibilidades; tan solo aparecen como las reglas básicas (pequeños horizontes) que el docente clínico deberá respetar para alcanzar el desarrollo de las destrezas propuestas en cada uno de sus alumnos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Capítulo I

- Abramovich, V.** (2007). La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público: materiales para una agenda temática. En M. Villarreal & C. Courtis (Coords.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. México DF: Sans Serif Editores, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Barrera, L.** (2015). ¿Que ves cuando me ves? Perspectivas, escalas y contexto en los estudios del derecho. *Estudios Sociales*, (48), año XXV, pp. 135-145.
- Böhmer, M.** (1996). Sobre la inexistencia del derecho de interés público en Argentina. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1), año 3, pp. 131-44.
- Cárcova, C.** (2001). Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho. En C. Courtis (Comp.), *Desde Otra Mirada. Textos de Teoría Crítica del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba.
- Courtis, C.** (2007). La educación clínica como práctica transformadora. En M. Villarreal & C. Courtis (Coords.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. México DF: Sans Serif Editores, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- González Morales, F.** (2007). El trabajo clínico en materia de derechos humanos e interés público en América Latina. En M. Villarreal, & C. Courtis (Coords.), *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. México DF: Sans Serif Editores, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Gordon, R.** (1989). Critical Legal Studies as a Teaching Method. Against the Background of the Intellectual Politics of Modern Legal Education in the United States. *Legal Education Review*, 1(59).
- Grimson, A.; Merenson, S. & Noel, G.** (2011). Descentramientos teóricos. Introducción. En A. Grimson; S. Merenson & G. Noel (Comps.), *Antropología ahora. Debates sobre la alteridad*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

-
- Kapiszewski, D.** (2006). La Corte Suprema y la Política Constitucional en la Argentina Post-Menem. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1), año 7, pp. 5-46.
- Leiter, B.** (2015). El Realismo Jurídico Estadounidense. En J. L. Fabra Zamora & Á. Núñez Vaquero (Eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho, Volumen I*, México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Munger, F. W.** (1980). Clinical Legal Education: The Case Against Separatism, *Clev. St. L. Rev.*, 29, pp. 715-734.
- Pérez Lledó, J.** (1993). El movimiento "Critical Legal Studies". Tesis doctoral de la Universidad de Alicante. Mimeo.
- Saba, R.** (2008). Constituciones y códigos: Un matrimonio difícil, *SELA Papers 2007*, San Juan (Puerto Rico).
- Sierra, M. T. & Chenaut, V.** (2002). Los debates recientes y actuales en la Antropología Jurídica: las corrientes Anglosajonas. En E. Krotz (Ed.), *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Barcelona: Anthropos/Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.
- Solar Cayón, J. I.** (2012). Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico Americano. *Eunomía. Revista de Cultura en la Legalidad*, (2), pp. 176-226.
- Trubek, L. G.** (2005). Crossing Boundaries: Legal Education and the Challenge of the "New Public Interest Law". *Wis. L. Rev.*, (455).
- White, M. G.** (1949). *Social Thought in America. The Revolt Against Formalism*. New York: Beacon Press.

Capítulo II

- Alberdi, J. B.** (1998). *Fragmento Preliminar al Estudio del Derecho*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Arballo, G.** (2013). Corte Argentina, sobre -no- obligatoriedad de informes de la Comisión Interamericana. *Saber Leyes No es Saber Derecho*. Recuperado el 2 de septiembre de 2017 de: <http://www.saberderecho.com/2013/08/corteargentinasobrenobligatoriedad.html>
- Bandieri, L. M.** (2013). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: rápido repaso de límites y problemas. Trabajo presentado en las *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural: Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina. Recuperado el 19 de abril de 2019 de: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/control-constitucionalidad-convencionalidad.pdf>
- (2014). El entierro de Montesquieu. *Forum. Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, (2), pp. 75-100.

- Biscardi, S.** (2016). Jerarquía constitucional y tratados internacionales. En R. Gargarella & S. Guidi (Coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria, Tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- Gargarella, R.** (2013). El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, (14). Recuperado el 19 de abril de 2018 de: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>
- . (2014). Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después. *Pensar en Derecho*, (5), año 3, pp. 17-34.
- . (2016). Amnistías y tribunales internacionales. Una reflexión a partir del caso “Gelman”. En R. Gargarella & S. Guidi (Coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria, Tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- . (2016a). Justicia dialógica y derechos sociales. En R. Gargarella y S. Guidi (Coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria, Tomo I*. Buenos Aires: La Ley.
- . (2017). La Corte Suprema y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana. Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Recuperado el 19 de abril de 2018 de: <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2017/02/la-corte-suprema-y-los-alcances-d-las.html>
- Gil Domínguez, A.** (2005). En el nombre de la justicia, la memoria y la verdad. *La Ley 2005-C*.
- . (2013). Comentario al caso Carranza Latrubesse. El Estado constitucional y convencional de derecho, los Informes de la Comisión Interamericana y el art. 75 inc. 22 de la Constitución argentina. *Under constitucional*. Recuperado el 19 de abril de 2018 de: <http://underconstitucional.blogspot.com.ar/2013/08/comentario-al-caso-carranza-latrubesse.html>
- . (2015). *El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar.
- . (2017). Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad. *La Ley 2017-B*.
- Gómez, C.** (2007). No hay perdón ni olvido sin memoria. *La Ley 2007F*.
- González Campaña, G.** (2005). La Corte reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional (¿Sigue siendo Suprema?). *La Ley 2005B*.
- Herrera, M. & Caramelo, C.** (2016). Comentario al Capítulo 1. En M. Herrera; C. Caramelo y S. Picasso (Dirs.) (2016). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. 2da edición. Buenos Aires: Infojus.
- Pisacco, M.** (2010). La obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *La Ley 2010F*.

-
- Pizzolo, C.** (2005). Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso “Simón”. *La Ley 2005D*.
- Pizzolo, C.** (2007). Para no olvidar. *La Ley 2007D*.
- Rey, S.** (2013). La Corte Suprema de Justicia de la Nación y su recepción de la doctrina interamericana del control de convencionalidad. *JA 2013-II*.
- Von Bogdandy, A. & Venzke, I.** (2013). ¿En nombre de quién? Un estudio sobre la autoridad pública de los tribunales internacionales y su justificación democrática. En E. Ferrer MacGregor y A. Herrera García (Coords.), *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. México DF: Tirant Lo Blanch.
- Yacobucci, G. J.** (2005). Hacia una nueva legalidad penal (a propósito del fallo “Espósito” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación). *La Ley 2005C*.

Capítulo III

- Andhes.** (2007). *Amicus Curiae*. Documento elaborado en el marco del proyecto “Transparencia y democratización de los poderes judiciales provinciales” (2006-2007). Recuperado el 19 de abril de 2018 de: <http://andhes.org.ar/wpcontent/uploads/2013/06/AmicusCuriae.Conceptofundamentosyjurisprudencia.pdf>
- Bergallo, P.** (2005). Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina. *SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers*. Paper 45. Recuperado el 19 de abril de 2018 de: http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=yls_sela
- Böhmer, M.** (2006). Introducción. En G. Maurino; E. Nino & M. Sigal, *Las acciones colectivas, análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- (2010). Derecho de interés público, acciones colectivas y género. En J. A. Cruz Parceroy y R. Vázquez (Coords.) *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México DF: Fontamara.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).** (2008). *La lucha por el derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Morales, D.** (2010). ¿Qué es el litigio estratégico en derechos humanos?. El Juego de la Corte. Recuperado el 19 de abril de 2018 de: <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=467>
- Pereira, G.** (2014). Las violaciones estructurales de derechos humanos y el reconocimiento de las obligaciones positivas del estado en la jurisprudencia de la Corte Suprema. En J. C Rivera (h), J. S. Elias, L. S. Grosman & S. Legarre (Dirs.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- Puga, M.** (2012). *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*. CABA: CLACSO.
- (2013). Litigio Estructural. Tesis doctoral. Universidad de Buenos Aires.
- (2014). El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, (2), año 1.

Capítulo IV

- Abramovich, V.** (2007). La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público: materiales para una agenda temática. En M. Villarreal y C. Curtis (Coords.) *Enseñanza clínica del derecho. Una alternativa a los métodos tradicionales de formación de abogados*. México: Sans Serif Editores, ITAM.
- Frank, J.** (1933). Why not a clinical Lawyer-school? *U. Pa. L. Rev.*, (81).
- de la Torre, S. & Violant, V.** (2003). Estrategias creativas en la enseñanza universitaria. Una investigación con metodología de desarrollo. *Creatividad y sociedad*, (3).
- Puga, M.** (2002). Los desafíos de las clínicas jurídicas en Argentina. En F. González (Ed.), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

Capítulo I

CSJN, “Bustos, Alberto Roque y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ amparo”, 26/10/2004, Fallos: 327:4495.

CSJN, “Recurso de hecho deducido por Ramón Ignacio Ríos Pérez en la causa Ríos, Ramón y Poblete, José s/ sumario”, 27/06/1978, Fallos: 300:700.

CSJN, “Saguir y Dib, Claudia Graciela s/ autorización”, 06/11/1980, Fallos: 302:1284.

CSJN, “San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/acción de amparo”, 05/03/2003, Fallos: 326:417.

Capítulo II

Corte IDH, “Mohamed vs. Argentina”, 23/11/2012.

CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia de Chubut”, 06/08/2013.

CSJN, “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David”, 23/12/2004, Fallos: 327:5668.

CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad -Riveros-”, 13/07/2007, M. 2333. XLII. y otros.

CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 14/02/2017.

CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y perjuicios”, 27/11/2012.

CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-“, 14/06/2005, Fallos: 328:2056.

CSJN, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación”, 31/08/2010.

Capítulo III

CSJN, “Arriola, Sebastián y otros s/ recurso de hecho causa n° 9080”, 25/08/2009, A. 891. XLIV.

CSJN, “Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo”, 12/12/2017.

CSJN, “F.,A.L. s/ medida autosatisfactiva”, 13/03/2012, F. 259. XLVI.

CSJN, “Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa”, 14/08/2013, Fallo G. 439. XLIX.

CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)”, Fallos 239:2316 y 331:1622.