

Felipe González Morales

**El trabajo clínico
en materia de
Derechos Humanos
e Interés Público en
América Latina**

Universidad de
Deusto

• • • • • • • •

**Instituto de
Derechos Humanos**

**Derechos
Humanos**

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 27

El trabajo clínico en materia
de Derechos Humanos e Interés Público
en América Latina

Felipe González Morales

Bilbao
Universidad de Deusto
2004

Consejo de Dirección:

Jaime Oraá

Xabier Etxeberria

Felipe Gómez

Eduardo Ruiz Vieytez

Trinidad L. Vicente

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación, o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - 48080 Bilbao

e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-9830-577-7

Indice

1. Introducción.	9
2. La enseñanza del Derecho en América Latina. Rasgos principales: formalismo y enciclopedismo. La clase magistral y la repetición memorística como metodologías de enseñanza y de evaluación. Limitaciones en la enseñanza práctica del Derecho. Impacto en el quehacer de abogados y jueces	11
3. Surgimiento y evolución de las clínicas jurídicas en América Latina en el período 1960-1990. El movimiento sobre Derecho y Desarrollo impulsado por Estados Unidos. Los procesos de reforma universitaria en América Latina. La creación de clínicas jurídicas: sus objetivos y su inserción curricular. Obstáculos enfrentados para el fortalecimiento de las clínicas. Papel asistencialista asumido por la mayoría de las clínicas. .	23
4. Nuevas iniciativas en el trabajo clínico. Factores que contribuyeron a su surgimiento. Impacto de estos factores para una incipiente renovación de la enseñanza del Derecho. Creación de clínicas de interés público y derechos humanos en varios países de América Latina. Sus objetivos principales: influir en la agenda pública en materias de derechos humanos e interés público y provocar transformaciones en la enseñanza del Derecho. Sus metodologías de trabajo. Obstáculos que enfrentan. Vinculaciones con la sociedad civil. Actividades de litigio, de reforma legal y otras	27
5. Algunas preguntas recurrentes en el trabajo clínico en materias de derechos humanos e interés público	35
6. Balance, desafíos pendientes y proyecciones	57

1.

Introducción

El presente trabajo expone y analiza los principales desarrollos alcanzados por el movimiento de clínicas jurídicas en Sudamérica en temas de derechos humanos y acciones de interés público. Si bien el trabajo clínico en las Escuelas de Derecho se ha venido llevando a cabo en una serie de centros académicos de la región desde hace varias décadas, la incorporación de las temáticas mencionadas es muy reciente, produciéndose básicamente a partir de la década de los noventa. Como se revisa en este trabajo, ello posee potencialmente un impacto a nivel sustantivo de los temas mencionados, en la forma de operar del sistema judicial y en el ámbito de la enseñanza del Derecho.

Históricamente, en Sudamérica el litigio en estas materias fue emprendido fundamentalmente por las organizaciones no-gubernamentales (ONGs). En los últimos años, mediante el establecimiento de clínicas jurídicas especializadas se ha venido a complementar esas iniciativas. Por sus propias características (centralmente, por el hecho de formar parte del currículum de Escuelas de Derecho), estas clínicas poseen fortalezas distintas a las de las ONGs y, en este sentido, pueden fortalecer el trabajo en estas materias. Como contrapartida, dichas clínicas poseen ciertas limitaciones que no hacen viable el concebirlas como mecanismos de reemplazo de la labor que llevan a cabo las organizaciones no-gubernamentales.

El trabajo comienza con una revisión de los principales rasgos de la enseñanza del Derecho en América Latina, de modo de situar al lector en el contexto dentro del cual se desarrolla el trabajo clínico jurídico. En seguida, se aborda el surgimiento y evolución de las clínicas jurídicas a partir de la década de los 60, así como los obstáculos y limitaciones para su desarrollo y para la concreción de sus objetivos originales. Posteriormente se estudian los factores que han influido en el estableci-

miento de clínicas especializadas en materias de derechos humanos e interés público, así como las modalidades institucionales y metodológicas que estas clínicas han adoptado, sus objetivos, principales logros y obstáculos, así como los desafíos pendientes. Finalmente se revisan algunas preguntas recurrentes a las que se ven enfrentadas tales clínicas especializadas.

2.

Antecedentes generales sobre la enseñanza del Derecho en América Latina

Dado que el trabajo de clínicas jurídicas se inserta dentro de los currícula de las Escuelas de Derecho, y que uno de los principales objetivos de tales clínicas es producir transformaciones en la enseñanza del Derecho, resulta necesario comenzar por exponer los principales rasgos de la educación jurídica en América Latina.

Una primera característica relevante al respecto la constituye un énfasis excesivo en la memorización en desmedro del desarrollo de la capacidad de argumentación. Algunos podrán sorprenderse frente a esta afirmación. Esto probablemente ocurrirá en forma especial —pero no exclusiva— con aquellos que miran el problema desde fuera, es decir, aquellos que no han recibido una formación jurídica. ¿Cómo —se preguntará—, si se supone que precisamente una de las destrezas más típicas de los abogados es la capacidad de argumentación? El punto es que se entiende por capacidad de argumentación.

En general, en la cultura jurídica tradicional latinoamericana esta «capacidad de argumentación» ha sido asociada con una serie de rasgos, tales como el despliegue histriónico, la habilidad para dar golpes de efecto y, en general, con la destreza para persuadir y convencer. Sin embargo, ello ha solido ir acompañado de una retórica hasta cierto punto vacía, en perjuicio de la consistencia y peso de los argumentos. Y esto, lógicamente, se refleja también a menudo en las propias sentencias, que no encuentran en las actuaciones o presentaciones de los abogados argumentos que permitan construir una jurisprudencia significativa.

En este sentido, la formación jurídica tradicional parece concebir a abogados y jueces como una suerte de oráculos. Los primeros, frente a sus

clientes y frente a los propios jueces, y los segundos frente a las partes en el proceso y, en último término, frente a la sociedad. Además, cuando abogados y jueces imparten clases, extienden este rol frente a sus alumnos. De lo que estamos hablando aquí es de una adecuada fundamentación de las propias proposiciones, en oposición a lo que John Stuart Mill llamara —para criticarla— la repetición de verdades cuyo fundamento ha sido olvidado largo tiempo atrás². Concebir la enseñanza del Derecho como un conjunto de conocimientos que se transmiten como verdades inalterables entre jueces, profesores y alumnos y, en último término, al cliente, ha conducido a que educadores y aprendices se hayan convertido en un conjunto de funcionarios burocráticos que, si bien conocen su trabajo con precisión, difícilmente desarrollarán un buen juicio para emplear el Derecho³. En este sentido, algunos autores han señalado que las Escuelas de Derecho, lejos de llevar adelante cursos de adiestramiento de los futuros abogados, los domestican entregándoles información que luego éstos se encargarán de repetir ante los tribunales.

A este respecto, la formación de los abogados en cuanto a sus capacidades argumentativas suele ser asistemática y obtenida fuera de las Escuelas de Derecho, ya sea ejerciendo como procuradores desde su época de estudiantes o más tarde —una vez ya titulados— en algún estudio profesional.

Es evidente que el ejercicio de la abogacía o de la judicatura requiere de capacidad de memorización. Lo que aquí, en cambio, se discute, es el peso relativo que la memorización debe poseer respecto de otras habilidades y, en particular, de la de argumentación (sobre la capacidad de argumentación se volverá más adelante). Además, la pregunta es no sólo cuánta memorización sino memorización de qué.

² Escribe Stuart Mill: «Por poco dispuesta que se encuentre una persona a admitir la falsedad de opiniones fuertemente arraigadas en su espíritu debe pensar que por muy verdaderas que sean, serán tenidas por dogmas muertos y no por verdades vivas, mientras no puedan ser total, frecuente y libremente discutidas», agregando que «admitiendo que la opinión verdadera se mantenga en el espíritu, lo hace como un prejuicio, como una creencia, independientemente de su razón y de la prueba contraria, y no es ésta la manera como la verdad debe ser profesada por un ser racional. Esto no es conocer la verdad. La verdad así proferida es tan sólo una superstición más, casualmente expresada en las palabras que enuncian una verdad...» Citas tomadas de John STUART MILL, *Sobre la Libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1979, pp. 98 y 99, respectivamente.

³ Anthony KRONMAN, «Vivir en el Derecho», en: *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, Martín BÖHMER (compilador), Editorial Gedisa, 1999, Barcelona, pp. 229-234. El autor propone que para tener un buen juicio se requiere, además de un conocimiento, un desarrollo especial de la personalidad que permitiría, en definitiva, deliberar y tomar la decisión correcta. A fin de cuentas, a eso nos referiríamos cuando decimos que esa persona tiene buen juicio.

Tradicionalmente, el énfasis en las Escuelas de Derecho latinoamericanas ha sido puesto en la memorización del contenido de las normas, que los alumnos repiten hasta adquirir la capacidad de recitarlas⁴. Con todas las limitaciones que ello suponía en un contexto de sociedades y sistemas jurídicos menos complejos que los de hoy, su efecto no era tan grave como en el contexto actual, en el que las legislaciones se han diversificado y complejizado enormemente y en el que las reformas legales se suceden vertiginosamente.

Sólo a modo de ejemplo cabe señalar lo que ocurre con la justicia criminal en varios países de América Latina. Actualmente se lleva a cabo un proceso de modernización del sistema de persecución criminal donde los procedimientos escritos, lentos e inquisitivos, han ido dando paso, paulatinamente, a otro moderno, acusatorio, rápido, garantista y oral. Este carácter oral no significa sólo una exposición detallada de normas jurídicas frente a los jueces (que por lo demás ya conocen esas normas), sin que, además, consiste en la capacidad de desarrollar un tipo de habilidad en la que confluyen las más diversas disciplinas: actorales, de análisis de hechos, argumentativas, de retórica y, por supuesto, legales.

La forma tradicional de evaluación en las Escuelas de Derecho es funcional a los métodos de enseñanza. La evaluación, de manera muy predominante, es de carácter oral y pone un énfasis casi exclusivo en la retención de información, que el alumno simplemente repite. Suele retrucarse a lo que vengo sosteniendo señalándose que el desarrollo de habilidades orales es un elemento importante en la formación de un abogado. Sin embargo, el tipo de habilidad oral requerida en el ejercicio profesional es cualitativamente diferente al que se exige en las evaluaciones orales tradicionales, puesto que aquélla, a diferencia de ésta, se centra en la capacidad de argumentación.

En el caso de los países del sistema del «Common Law», la forma en que se lleva adelante la enseñanza del Derecho tiende a ir más bien por

⁴ Como apunta Böhmer —refiriéndose al caso argentino, pero en una afirmación que resulta aplicable asimismo para América Latina en general—, «los profesores deben repetir y explicar el contenido de las normas jurídicas en sus clases y los alumnos deben repetir lo que dice el profesor en sus exámenes. Los profesores no son docentes profesionales, en el sentido de que su tarea se parece más a un hobby que a una actividad que demanda una intensa dedicación. Para ellos, la enseñanza del derecho es una tarea subordinada a la principal que, es en general, la de trabajar como abogado o juez. Dado que la concepción que estoy describiendo sólo exige de los docentes la repetición y comprensión de los textos legales, resulta razonable que quienes están más capacitados para sumir esa función sean aquéllos que trabajan con estos textos en su trabajo cotidiano». Martín BÖHMER, *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía* (cit.), p. 16. A lo que señala Böhmer cabría observar que más que hablar de «comprensión de las normas jurídicas» (así dicho de modo general) cabría hablar de «comprensión tradicional de las normas jurídicas.»

la vía de entregar al alumno las destrezas que le permitan analizar, evaluar, enunciar y comparar situaciones reales concretas, que sea capaz de seleccionar las normas aplicables al caso, que use las fuentes como lo hacen abogados y jueces y que, en definitiva, sea capaz de formular sus propias proposiciones básicas en vistas a resolver el caso a que se le enfrenta. De esta forma, la evaluación consistirá —usualmente lo es así— en colocar al estudiante frente a un caso hipotético donde deberán desarrollar la argumentación en uno u otro sentido, o bien, deberá resolver la controversia presentando la fundamentación adecuada. Esta adecuada fundamentación no es sinónimo de una única respuesta correcta al caso que se plantea, sino que dice más bien relación con desarrollar de manera íntegra las destrezas que se le han entregado. Es, entonces, en ese momento en que el estudiante debe desarrollar las «aptitudes, técnicas y capacidades de razonamiento, análisis y expresión, todas ellas metas que se consideran superiores al dominio enciclopédico de las normas legales.»⁵

Por lo mismo, de lo que se trata es de que una parte del currículum contenga cursos que se concentren de manera significativa en el desarrollo de destrezas orales por parte de los estudiantes, pero no de una manera —como la tradicional— que aspire a convertirlos en oráculos en potencia, sino de otra distinta que asuma las habilidades orales de un modo integral, incluyendo no sólo la capacidad de retener información sino una serie de otras destrezas orales específicas, relacionadas con el fortalecimiento de la capacidad de argumentar.

Existe, por otra parte, una suerte de círculo vicioso en la situación actual, ya que, por la misma formación tradicional que han recibido la mayoría de los jueces, las características de la argumentación que ellos esperan de los abogados no se asocia con un sentido fuerte del concepto. Para romper el círculo vicioso se requiere, entonces, modificar las modalidades de evaluación en la enseñanza jurídica, lo que en definitiva terminará fortaleciendo una capacidad de argumentación genuina tanto en las presentaciones escritas y las alegaciones de los abogados como en las sentencias de los jueces.

Un segundo aspecto, que ya anunciáramos, se refiere al trabajo con casos⁶. Cuando se menciona esto, se suele establecer una asociación con

⁵ Allan FARNSWORTH, *Introducción al Sistema Legal de los Estados Unidos*, Editorial Zavalía, 1990, Buenos Aires, p. 35.

⁶ El método de análisis de casos fue introducido por Christopher Columbus Langdell, profesor de Derecho en la escuela de leyes de Harvard, quien, a partir de 1870, publica un repertorio de sentencias de los tribunales de apelación referidas a contratos. Langdell estaba seguro de que el Derecho se sustentaba en unos pocos principios a los cuales se podía acceder fácilmente a través de las decisiones de los tribunales. Allan FARNSWORTH, *op. cit.*, pp. 34-36.

el sistema del «Common Law», como si este sistema poseyera una especie de monopolio en la materia. Pero el sistema del Derecho Continental Europeo, del cual el Derecho latinoamericano es tributario, se construyó originalmente sobre la base de casos. Así fue, de hecho, cómo se construyó el Derecho Romano. Sin embargo, la manera en que habitualmente se enseña el Derecho Romano en aquellas Escuelas de Derecho de Latinoamérica donde todavía es obligatorio, lo presenta como un todo «cristalizado», cuyas normas deben ser memorizadas por los alumnos de las Escuelas de Derecho. Se dice que así se los va preparando para los cursos de Derecho Civil. En rigor, se los va preparando para memorizar los contenidos de algunas de las normas del Derecho Civil.

Lo que sucede con la enseñanza del Derecho Romano ocurre también con las llamadas «asignaturas de código.» En estos casos, y bajo la influencia de una mentalidad positivista formalista, superada, como antes hemos explicado, en la Teoría del Derecho, se presentan sus normas como «cristalizadas» —o fosilizadas, sería más propio decir. En parte, este sistema viene instaurado desde la segunda mitad del siglo XIX, cuando a través de sucesivas reformas se incorporaron a la enseñanza del Derecho en América Latina los códigos dictados durante la época⁷. Fue en virtud de estas reformas que se transformó a la exégesis en el principal método de enseñanza del Derecho⁸.

Este método se basa en el paradigma dogmático. En virtud de este paradigma, surge la idea de que el único objeto de estudio en el Derecho lo constituyen las normas jurídicas y de que el razonamiento conforme al cual los conflictos que se susciten en una sociedad deben resolverse sólo de conformidad a las normas jurídicas que están vigentes en ese momento, puesto que, de lo contrario, la resolución sería arbitraria. A partir de este supuesto, se proyecta, en el ámbito de la enseñanza del Derecho, la tendencia a estudiarlo de una manera únicamente descriptiva y reduccionista, al considerarse sólo a las normas como parte integrante del mismo. Esto reducirá significativamente la posibilidad de estudiar de manera dinámica y crítica los contenidos del sistema jurídico⁹.

⁷ Como se sabe, uno de los movimientos más influyentes en el Derecho lo ha constituido la codificación. Inspirada en una visión racionalista, mediante la codificación se pretende recopilar y sistematizar las leyes, principios y reglas vigentes, con la declarada aspiración de distinguir de la manera más precisa lo que constituye derecho positivo de lo que no constituye tal derecho.

⁸ Para el caso chileno, véase Javier BARRIENTOS G., *La Enseñanza del Derecho en Chile: del *Ius Commune* a la Codificación*, trabajo presentado a las II Jornadas *Ius Commune-Ius Proprium* en las Indias, 2000, p. 14.

⁹ Véase, Iñigo DE LA MAZA, *Los abogados en Chile: desde el Estado al mercado*. Informe de Investigación n.º 10, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, p. 10.

Curiosamente —o no tanto, si se mira el asunto desde más cerca— en América Latina los abogados de formación iusnaturalista no difieren mucho de los de formación positivista formalista en su mentalidad y actitud frente a las normas de los códigos y a la manera de abordarlas en los procesos de enseñanza-aprendizaje. Precisamente por la falta de desarrollo de una capacidad argumentativa genuina, los abogados de formación iusnaturalista suelen invocar ciertos parámetros de lo que consideran el Derecho Natural de manera genérica y sin explorar a cabalidad las diversas vías de aproximación e interpretación de las normas, ni tampoco el papel que pueden desempeñar no ya los principios del Derecho Natural sino los principios constitucionales y, en general, los principios del sistema jurídico, en la resolución de casos. Por lo mismo, la invocación del Derecho Natural suele tener en la actualidad alcances más retóricos que reales.

El considerar el estudio de casos como un elemento relevante en la formación de los futuros abogados y jueces rompe con la lógica de los oráculos. Ello lleva al alumno a aproximarse a las normas y principios del sistema jurídico de una manera problemática y a evitar, o por lo menos a reducir, una visión que asuma las normas como «cristalizadas» o poseedoras de un sentido unívoco y definitivo.

Otra consecuencia importante del trabajo con casos en la formación jurídica es que el asunto no radica sólo en determinar cuál es el sentido de determinadas normas, sino —un problema conectado al recién señalado, pero no similar— qué normas se han de utilizar en cada caso. Y en este punto permítaseme extraer un ejemplo tomado de la práctica del «Common Law» y de la enseñanza jurídica en los países que se rigen por ese sistema.

Al contrario de lo que usualmente se cree, el sistema de precedentes judiciales del «Common Law» no implica una rigidez adicional a la que poseen los sistemas del Derecho Continental. Esa visión asume que los casos pueden clasificarse fácilmente en determinados grupos o categorías, por lo cual, bajo el sistema de precedentes, los jueces presuntamente quedarían significativamente «amarrados» por las decisiones judiciales anteriores. Pero esto no es así. Un elemento básico e inicial en la educación jurídica en esos países consiste en desarrollar en los alumnos la capacidad de establecer analogías y diferencias entre casos, mostrándoles la complejidad de esa tarea y los numerosos y diversos rumbos que pueden tomar la argumentación y la decisión de un caso. De esta manera, uno de los núcleos de su tarea consiste en determinar cuáles precedentes judiciales son aplicables al caso actual y cuáles no lo son. También se les enseña a, por así ponerlo, «disecionar» las sentencias judiciales, de modo de poder distinguir los diferentes aspectos que ellas contienen; esto pue-

de conducir a que, en determinados casos, sólo algunos de los elementos contenidos en una decisión judicial previa sean aplicables al nuevo caso.

De esta manera, la regla del precedente no tiene en el sistema del «Common Law» el carácter de inamovilidad o de «amarre» que a menudo se le atribuye por los abogados que se desempeñan en países regidos por el sistema del Derecho Continental. En relación con el aspecto al que nos venimos refiriendo, la fortaleza de dicho sistema es otra y radica en que, al colocar el análisis de casos previos en un lugar central de la decisión judicial, «fuerza», por así decirlo, a que el juez argumente de manera fundada, estableciendo comparaciones entre casos y requiriéndole ser explícito acerca de las razones que lo llevan a establecer analogías o distinciones entre ellos. Lo propio sucede en relación con el recurso o la prescindencia de determinadas normas y principios jurídicos.

Más aún: en ciertas circunstancias es plausible, incluso, que el juez modifique el criterio imperante: en tales circunstancias la necesidad de fundamentación resultará especialmente apremiante. En ese mismo sentido, si el juez no decide cambiar el sentido en que se ha venido aplicando un determinado precepto para casos análogos, la regla del precedente —lejos de funcionar como «amarra»— lo que hace no es otra cosa que entregarle al juez ciertas pautas dentro de las cuales deberá diseñar su decisión, toda vez que el precedente establece una regla de plausibilidad para esas decisiones. El precedente se encarga, por así decirlo, de establecer cuál es el mínimo racional que las sentencias deben cumplir en un Estado de Derecho.

El trabajo con casos como método de enseñanza, como es lógico, tiene un impacto relevante en la formación de los futuros jueces, que llegarán al estrado judicial con experiencia en la tarea de lidiar con precedentes, de seleccionarlos y de desecharlos, de manera de ponerlos en mejor posición para emprender la tarea de fundamentar adecuadamente sus sentencias y entregar, a través de éstas, la información que las personas requieren para saber cómo resuelven sus tribunales, de una parte, reduciendo la percepción de que las decisiones judiciales son caprichosas o arbitrarias, de otra. Si el proceso de enseñanza del Derecho no es capaz de entregar a los futuros abogados y jueces las herramientas que les permitan «situarse frente al Derecho» y, por el contrario, gira de modo casi exclusivo en torno a la repetición de normas sin dotarlas de real contenido (práctico), no se aprecia cómo los jueces serán capaces de fundar —suficiente y razonablemente— las sentencias que dicten.

En las Escuelas de Derecho del sistema del «Common Law» suele incentivarse el desarrollo de las capacidades investigativas. En efecto, parte importante del trabajo que los estudiantes deben desarrollar se efectúa en las bibliotecas de las Escuelas. En ella es donde deben analizar los

casos y acceder a los textos especializados que los ilustren acerca de la forma de razonamiento empleado en un caso determinado o en la resolución de una contienda. De la mano con este trabajo efectuado en las bibliotecas, durante la carrera de Derecho se imparte una serie de cursos que se encargan de desarrollar las metodologías de investigación, formando así abogados críticos al sistema de normas en que se desenvolverán¹⁰.

En América Latina la mayoría de las Universidades —como se ha venido insistiendo— llevan adelante la enseñanza en base a clases magistrales donde los cursos de metodología investigativa son escasos. No obstante ello, en la mayoría de las Escuelas de Derecho se les exige a los estudiantes la elaboración de una tesis previa a la obtención del grado de Licenciado. Se trata, en teoría, de un trabajo de investigación, al cual el alumno se aproxima sin una metodología de trabajo, puesto que la Universidad no se la ha entregado.

Ahora bien, la metodología de enseñanza sobre la base de casos se encuentra vinculada también al problema de la determinación de las normas constitucionales, legales o de otro orden aplicables al caso. Cuando a los alumnos que estudian en países bajo el sistema del «Common Law» se los pone frente a casos, no sólo se les pide establecer los precedentes judiciales pertinentes, sino también las demás normas aplicables.

Esta última es, como salta a la vista, la tarea que tienen diariamente los abogados y los jueces no ya sólo en los sistemas jurídicos del «Common Law» sino también en los que operan en Estados que se rigen por la tradición del Derecho Continental. Que esta sea parte —y parte relevante— de la tarea nadie lo discute. Y, sin embargo, las formas que adopta la enseñanza del Derecho en países como los latinoamericanos coloca en un lugar muy secundario el desarrollo de esta destreza.

Relacionando los dos aspectos recién analizados, por más acuerdo que pueda existir en la comunidad jurídica acerca del sentido de una determinada norma, el trabajo con casos exige un ejercicio en el límite respecto de los alcances de esa norma. Lo cual hace ver a los futuros abogados y jueces la complejidad que a menudo poseen los problemas jurídicos. Que la Constitución de Estados Unidos haya podido sobrevivir más de 200 años tiene que ver, desde luego, con un factor de estabilidad política (aun cuan-

¹⁰ En Yale, por ejemplo, la enseñanza del Derecho no se limita a entregar al alumno estudios normativos, sino que también se le hace desarrollar «...una perspectiva amplia y crítica del Derecho, aquella perspectiva que a menudo se asocia a los académicos.» Véase, Allan FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 37. Además, contrario a lo que podría pensarse, en esa Escuela de Derecho la mayoría de los abogados que egresan se dedican al ejercicio práctico de la abogacía. Consúltese, Owen FISS, «El Derecho según Yale», en Martín BÖHMER, *op. cit.*, pp. 26-28.

do, de hecho, en ciertos períodos, ella ha estado ausente), pero también con la existencia de jueces y abogados que están formados en las Escuelas de Derecho para pensar y repensar continuamente el significado y el alcance (en el sentido de rango de aplicación) de las normas jurídicas y de las decisiones judiciales previas. Esto dota al sistema jurídico de una mayor capacidad de adaptación a nuevos contextos y circunstancias¹¹.

Que en un contexto como el latinoamericano la capacidad argumentativa de abogados y jueces sea insuficiente no es de extrañar. Si lo que los estudiantes de Derecho reciben son verdades rotundas pronunciadas por un oráculo (su profesor), lo que harán una vez que se conviertan en abogados o jueces será intentar transformarse ellos mismos en oráculos. Si las intervenciones de los alumnos en las clases son asumidas como un entorpecimiento de las mismas, o, a lo sumo, como un complemento de escasa relevancia, es obvio el efecto que se produce. Esto rigidiza en los futuros abogados y jueces la aproximación a las normas y principios del sistema jurídico. Y entonces, así como muchos abogados se concentrarán en dar golpes de efecto en sus alegatos, los jueces en sus fallos resolverán también mediante «golpes», no de efecto quizás, pero sí a la manera de saltos bruscos en la argumentación, sin quedar suficientemente esclarecido cómo pasan de la descripción de los hechos del caso a la solución del mismo.

A este respecto, los países europeos de la tradición continental, sin abandonar esta última han experimentado una significativa evolución. En este sentido, la exigencia de fundamentación en las sentencias ha pasado a ocupar un lugar significativo^{12, 13}.

Además, no puede pasarse por alto que el estudio de casos no se encuentra desvinculado del estudio teórico. En este sentido, algunos profesores suelen creer que, cada vez que se alude al término principio del derecho, nos estaríamos alejando de la realidad para pasar a divagar en espectros que, de no contar con apoyo práctico, poco o nada nos pueden entregar. El estudio del Derecho no se mueve entre una dicoto-

¹¹ Revítese, Richard POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, 1990, pp. 247-261.

¹² Por ejemplo, en el caso de España, el Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 68/1983, ha señalado, interpretando el artículo 24.1 de la Constitución, que «*el contenido normal del derecho fundamental [a la tutela judicial] es el de obtener una resolución de fondo fundada en derecho.*» Citado en Javier BARRIENTOS G., «El Derecho a la Información y las Personas Sordas», en Felipe GONZÁLEZ (Editor), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie de Publicaciones Especiales n.º 14, Santiago, 2002, p. 275.

¹³ Consúltese, Andrés OLLERO TASSARA, *Igualdad en la Aplicación de la Ley y Precedente Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 57.

mía práctica-teoría, sino que ambos son aspectos complementarios. Lo que sí es relevante es que, a esa práctica, el alumno llegue provisto de una visión crítica que lo convierta en un profesional capaz de deliberar cuán importante es, por una parte, dotar a la norma jurídica —aquella que han repetido hasta el cansancio— de contenido y, por otra, interpretarla conforme a las directrices que informan el ordenamiento jurídico al que ella pertenece.

En esta línea, Dworkin sostiene que los jueces, ante casos complejos¹⁴ suelen resolver aplicando pautas que no funcionan como normas jurídicas y que son los principios. Si los principios son, como expone Dworkin, «...imperativos de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión moral»¹⁵, las normas jurídicas, en esos casos complejos, deben ser ilustradas conforme a ellos. En otros casos, las mismas normas jurídicas son las que reclaman su guía, cuando utilizan vocablos como «razonable», «injusto» e «importante», entre otros¹⁶.

La alusión a los principios suele ser frecuente en la gran mayoría de los cursos de la carrera de Derecho. Sin embargo, ellos generalmente son tratados de manera superficial, como si su papel al interior del sistema jurídico fuera, en rigor, superfluo. Además, ellos suelen ser ilustrados en base a normas positivas, como si éstas fueran necesariamente la fuente de los principios. A partir de este contexto no resulta extraño que los abogados, a la hora de exponer sus fundamentos ante los tribunales, aludan a los principios de manera poco significativa, como si no se los pudiera concebir como factores centrales de determinadas decisiones judiciales a ser tomadas. Esto, en su momento, incidirá en la manera en que los jueces se hagan cargo de los principios en sus sentencias, es decir, en su forma de argumentar en torno a ellos y en el lugar que ocupan en lo decisorio del fallo judicial.

Otro aspecto se refiere a la presencia histórica del Derecho Privado como paradigma de la enseñanza del Derecho. Es cierto que una parte significativa de los asuntos con que les toca enfrentarse a los jueces y abogados son de este orden, pero ello ni con mucho justifica el lugar notoriamente menor que otras disciplinas jurídicas reciben en las Escuelas de Derecho. Entre otras diversas consecuencias perjudiciales, este ha sido factor para que históricamente en América Latina las garantías constitucionales no hayan sido asumidas en un sentido jurídico fuerte

¹⁴ Aquellos en que la aplicación de una norma positiva en tal o cual sentido no está determinada o aparece como difícil.

¹⁵ Ronald DWORKIN, «¿Es el Derecho un sistema de normas?», en, Ronald DWORKIN (compilador), *Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1980, México, p. 86.

¹⁶ *Idem*, pp. 85-96.

por la jurisprudencia, al percibir las más como declaraciones de buenas intenciones que como auténticas normas, al carecer de la especificidad y la sistematicidad de las normas del Código Civil.

Pero el problema no se reduce a lo recién expuesto: el mismo radica también en que la lógica del Derecho Privado se difunde a la comprensión del resto del sistema jurídico. En este sentido, por ejemplo, las reglas de interpretación contenidas en los códigos civiles, muchos de los cuales provienen en América Latina del siglo XIX, suelen ser presentadas y entendidas por gran parte de la comunidad jurídica como la forma por excelencia de entender las normas e instituciones del sistema jurídico en general. Miradas desde la perspectiva de la Teoría del Derecho posterior a la aprobación del Código Civil, esos códigos, esas reglas de interpretación presentan una serie de problemas lógicos. Sin embargo, ellas continúan siendo transmitidas a los futuros jueces y abogados como la forma por excelencia de aproximación hermenéutica.

Uno de esos problemas lógicos se refiere al papel supletorio que desempeñan los principios jurídicos en el sistema de interpretación del código referido. Ese papel supletorio tiene que ver con el contexto histórico en el que surge el proceso de codificación, esto es, una fase germinal del positivismo jurídico, uno de cuyos énfasis se ponía en el carácter auto-comprensivo de la legislación positiva, de modo de alejar los fantasmas —y principios— del viejo Derecho Natural del Antiguo Régimen. El desarrollo posterior en la Teoría del Derecho muestra, en cambio, que, desde un punto de vista lógico, los principios juegan un papel relevante en los diversos sistemas jurídicos, con independencia de que se trate o no de sistemas codificados.

El hecho de que en la enseñanza jurídica tradicional no se repare en esto y se continúe apegado a la visión decimonónica tiene un efecto especialmente distorsionador en materia constitucional, puesto que al extrapolar en la práctica jueces y abogados las normas de interpretación del Código Civil a este ámbito, se dificulta el desarrollo de una interpretación constitucional que se rija por criterios propios.

A todo lo anterior cabe añadir que las modalidades de enseñanza del Derecho Privado —centradas, como el resto de la enseñanza jurídica tradicional, en la repetición memorística— conspiran contra una adecuada comprensión acerca del Derecho Privado mismo por parte de los futuros jueces y abogados.

3.

Surgimiento y evolución de las clínicas jurídicas en América Latina en el período 1960-1990

Sin perjuicio de algunos antecedentes esporádicos bajo la forma de consultorios jurídicos, la enseñanza práctica fue incorporada de manera sistemática a la malla curricular de las Escuelas de Derecho de algunos países latinoamericanos a través de la creación de clínicas jurídicas a partir de la década de los sesenta.

El establecimiento de clínicas jurídicas en la región fue impulsado por el llamado Proyecto sobre Derecho y Desarrollo (Law and Development Project), que promoviera la Fundación Ford y al que se sumó posteriormente la Agencia para el Desarrollo Internacional de Estados Unidos (AID). Bajo la inspiración general que guiaba al Proyecto sobre Derecho y Desarrollo, en el sentido de reproducir en América Latina el modelo de enseñanza del Derecho y de ejercicio de la profesión jurídica de EE.UU., se establecieron estas clínicas, con la pretendida intención de seguir el modelo que se venía implementando al respecto en EE.UU. desde la década de los treinta, cuya inspiración originalmente había derivado de la Escuela del Realismo Jurídico¹⁷.

Se trataba de que durante sus estudios de Derecho, los estudiantes realizaran un trabajo práctico con casos reales bajo la supervisión de profesores, de que esto tuviera un impacto en el sentido de servir de elemento transformador de la enseñanza jurídica, y de fortalecer la inserción social de las Escuelas de Derecho a través de la prestación de servicios legales gratuitos para personas de escasos recursos¹⁸.

¹⁷ Véase Jerome FRANK, «Why Not a Clinical Lawyer School?», *81 U.Pa. L. Rev.* 907 (1933).

¹⁸ Sobre este punto, consúltese Richard WILSON, «The development of three Law School Clinics in Chile: 1970-2000: innovation, resistance and conformity in the Global

En los hechos, y a pesar de que estas clínicas han sobrevivido hasta la actualidad, el primer y tercer objetivo sólo se han alcanzado de manera muy parcial y limitada y el segundo no se ha satisfecho en absoluto. Varios factores han sido relevantes para que los objetivos no se alcanzaran¹⁹.

Primeramente, hubo un problema de diseño que no consideró la escasez de recursos de las Escuelas de Derecho. Esto se manifestó en el hecho de que estas clínicas se establecieran con carácter de obligatorias para todos los alumnos, lo cual derivó en que en la mayoría de los casos la supervisión de los profesores fuera más aparente que real, limitándose a un control formal. Ello ha redundado en que el grueso de los casos que litigan las clínicas posee escasa complejidad jurídica (reduciéndose fundamentalmente a cuestiones de mero trámite) y en que el aprendizaje de los alumnos se haya desarrollado de manera asistemática y que el mismo haya resultado claramente insuficiente. Lo que es más grave, de alguna manera esto significa imbuir a los futuros jueces y abogados desde jóvenes en algunas prácticas que constituyen vicios típicos de los sistemas jurídicos latinoamericanos, en especial en la delegación de funciones.

En segundo término, la resistencia desde los sectores más tradicionales de las Escuelas de Derecho, la cual se vio acentuada luego de los golpes militares que tuvieron lugar en muchos países de la región, supuso que la educación clínica nunca llegara a ejercer el rol transformador más general de la enseñanza del Derecho al que aspiraba en un comienzo. Las clínicas pasan a desempeñar entonces, como regla general, un papel secundario al interior de las Escuelas en las que se encuentran insertas, careciendo de un impacto en ellas. De un ambiente de cuestionamiento generalizado e impulsos de transformación social a todo nivel, se pasó a otro marcado por el retorno a formas autoritarias y, en no pocos casos, a una abierta intervención de las autoridades políticas conservadoras —eventualmente de las Fuerzas Armadas— en los centros académicos. En carreras que de suyo eran vistas como ajenas a los paradigmas tradicionales —como las Escuelas de Sociología— derechamente se optó por su desmantelamiento o su jibarización. En el caso de las Escuelas de Derecho simplemente se optó por volver a las formas tradicionales de su or-

South», 8 *Clinical Law Review* 515 (2002); también, Víctor ABRAMOVICH, «La enseñanza del Derecho en las Clínicas Legales de Interés Público: materiales para una agenda temática», en: Felipe GONZÁLEZ y Felipe VIVEROS (eds.), *Defensa Jurídica del Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales n.º 9, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales (1999), pp. 61-93, especialmente pp. 62-70.

¹⁹ Revítese James GARDNER, *Legal Imperialism*, Wisconsin University Press (1980), así como Felipe GONZÁLEZ, «Evolución y perspectivas de la Red universitaria sudamericana de acciones de interés público», en: GONZÁLEZ y VIVEROS (eds.), *Defensa Jurídica del Interés Público*, supra, nota 18, pp. 21-61, en especial pp. 34 y siguientes.

ganización y sus formas de enseñanza. Existen, por cierto, algunas excepciones, como es el caso de la Universidad Católica del Perú, que a partir de esos años ha venido desarrollando y consolidando modalidades de enseñanza del Derecho distintas a las tradicionales en América Latina, pero en la casi totalidad de los casos se volvió a los ejes tradicionales, a veces con pequeños retoques aquí y allá²⁰.

En tercer lugar, por los mismos factores anotados en los dos párrafos anteriores, y a pesar de que las clínicas han prestado servicios gratuitos a personas desposeídas, su rol como mecanismo de inserción social para las Escuelas de Derecho ha sido sumamente débil. Típicamente, los casos no poseen mayor impacto público y no existen iniciativas de parte de las Escuelas de Derecho por adoptar políticas comunicacionales que acompañen la tramitación de los casos de manera de elevar su perfil. Además, por el hecho de ser escasa la supervisión de parte de los profesores-abogados, cabe realmente preguntarse por la calidad de la atención jurídica que se presta. Al fin y al cabo se trata de una situación compleja en la que los alumnos, al tiempo que aprenden la práctica del Derecho, llevan sobre sus hombros intereses legítimos de personas reales. Además de las razones entregadas, influye en la baja calidad de la prestación del servicio la excesiva duración de muchos procedimientos, lo que genera una rotación de alumnos que, cada vez que se produce, genera en el cliente la sensación de partir de nuevo.

Muchas de las Escuelas de Derecho creadas con posterioridad a la década de los sesenta —básicamente por Universidades privadas— han incorporado también la enseñanza clínica en su malla curricular. Sin embargo, ellas han solido hacerlo con las mismas características de las Universidades tradicionales.

Otro factor, más específico si se quiere, tiene que ver con la evaluación de los programas sobre Derecho y Desarrollo. Existe abundante literatura crítica de esta experiencia, y la propia Fundación Ford —que, como hemos apuntado, apoyara esos programas— terminó por evaluarlos de manera predominantemente crítica²¹. En lo sustancial, porque ellos perseguirían transformar la profesión y enseñanza jurídica latinoamericanas siguiendo el modelo norteamericano, sin considerar factores estructurales distorsionadores (tales como desequilibrios de poder, relaciones fuertemente cargadas de sesgos autoritarios, etc.) ni atendiendo suficientemente a las diferencias de contexto.

²⁰ Véase René ORTIZ CABALLERO, *Universidad y Modernización en el Perú del Siglo xx*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1998.

²¹ THE FORD FOUNDATION, *Law and Development Movement: A History of the Foundation's Role in Fostering American Legal Assistance to Developing Countries*, Memorandum, 30 de abril 1998 (copia de este documento en poder del autor de este trabajo).

4.

Nuevas iniciativas en el trabajo clínico en América Latina

En los últimos años —fundamentalmente a partir de mediados de la década de los noventa— se aprecia un resurgimiento de intentos renovadores de la enseñanza del Derecho en diversos centros académicos de América Latina. Al respecto, cabe hacerse al menos dos preguntas básicas. La primera, acaso los intentos actuales están orientados por los mismos criterios de las reformas de los años 60. La segunda, si los programas de enseñanza clínica —incluidos los dirigidos a acciones de interés público— tienen o no un papel que cumplir al respecto.

En cuanto a la primera pregunta, pareciera existir una diferencia fundamental entre las iniciativas actuales de reforma y las iniciativas de los años 60, aparte de la obvia diferencia de contexto político y cultural. En aquellos años existía un cuestionamiento a fondo, a veces radical, del papel desempeñado por el pensamiento y quehacer jurídico. El papel del Derecho era relativizado y a menudo hasta en buena parte disuelto en la perspectiva de otras disciplinas. A este respecto, el modelo se erigía en torno a la Sociología, quedando con frecuencia el Derecho desplazado a un rol secundario o subalterno. Además, y quizás si por derivación de lo anterior, el énfasis en los procesos de reforma solía ponerse en el fortalecimiento de destrezas de tipo académico en los estudiantes de Derecho en desmedro del desarrollo de habilidades prácticas para el ejercicio de la profesión. De hecho, con frecuencia el ataque iba dirigido directamente a las formas de enseñanza jurídica «profesionalizantes.»

Los intentos actuales por innovar de manera significativa, en cambio, parten de otras bases. En particular, resalta el hecho de que se intenta rescatar y reforzar la especificidad del pensamiento y quehacer jurídicos. Sin perjuicio de apuntarse hacia la necesidad de incorporar enfoques in-

terdisciplinarios —de los que en general se carece en las formas tradicionales de enseñanza del Derecho en la región—, la disciplina jurídica ya no es concebida por estos nuevos impulsos reformadores como un subproducto o un derivado de otras disciplinas de mayor envergadura.

El diagnóstico que se hace desde esta perspectiva consiste en advertir que a lo largo del siglo xx se ha producido una paulatina pérdida de relevancia relativa del pensamiento jurídico en comparación con otras disciplinas, tales como la Sociología (anteriormente) y la Economía (en la actualidad). Pareciera como si el Derecho, en la perspectiva tradicional, se hubiera ido viendo reducido y acotado en su función, alcances y posibilidades de efectuar aportes significativos para la sociedad.

Nuevos factores, sin embargo, han contribuido a revalorizar el papel del Derecho. Pueden anotarse entre los factores más relevantes las crisis radicales vividas por los sistemas políticos de la región y la subsecuente reapreciación del sentido y funciones de un Estado de Derecho; la afectación a escala masiva de los derechos fundamentales con la consiguiente revalorización y repotenciamiento de la concepción de los derechos humanos; y la creciente complejidad de las sociedades latinoamericanas actuales, que requiere de un abordaje técnico-jurídico de mucha mayor envergadura que en el pasado.

Lo anterior también ha conducido a que en los impulsos actuales de reforma de la enseñanza jurídica se ponga el énfasis en el desarrollo de destrezas y habilidades para el desempeño de la profesión de abogado y no, como ocurría en los intentos de los años 60, en el desarrollo de habilidades académicas (sin perjuicio de que también deban existir espacios para los estudiantes que prefieran esta vertiente).

En la dirección de innovar en esta materia, a fines de 1995 se echó a andar un Proyecto piloto sobre la situación de las acciones de interés público en varios países de Sudamérica, bajo la coordinación de la Universidad Diego Portales. El Proyecto piloto se desarrolló por un período de nueve meses y en él se realizó un relevamiento de las experiencias en la materia en Argentina, Chile, Colombia y Perú.

En diciembre de 1996 se establece con miras de mayor permanencia un Programa en la materia —esta vez circunscrito a Argentina, Chile y Perú, básicamente debido a una cuestión de recursos, cuyo eje central lo constituyó el establecimiento de una red de Clínicas Jurídicas de Interés Público en estos tres países a comienzos de 1997. Ello sin perjuicio de que el Programa incluyera también otras actividades, tales como las de investigación académica, las que, de cualquier modo, se han desarrollado en conexión con el trabajo de la red de Clínicas. Más adelante se han establecido clínicas de este tipo en Colombia y México, incorporándose a la Red.

Para la constitución de la Red fue significativa la experiencia e intercambios personales acumulados en la etapa «piloto.» En el caso de Argentina, resultó obvio que debían formar parte de la Red la Universidad de Buenos Aires (UBA) y la Universidad de Palermo, toda vez que ambas habían echado a andar recientemente Clínicas de Interés Público. Mientras la UBA es una Universidad de antigua data y de carácter estatal, la Universidad de Palermo es una Universidad privada de creación reciente, pero que en sus cortos años ha reunido un núcleo de académicos de primer nivel. Con ambas instituciones la Universidad Diego Portales había mantenido vinculaciones en el marco de un Programa de seminarios anuales sobre temas constitucionales y de teoría política en el que también participan la Universidad de Yale, la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona) y la Universidad de Chile, al que luego se han incorporado Universidades de otros países latinoamericanos. Con miras a asegurar la participación de alguna Universidad de provincia, se escogió a la Universidad Nacional del Comahue, cuya Facultad de Derecho se encuentra en General Roca, provincia de Río Negro. La elección de la Universidad del Comahue para formar parte de la Red estuvo dada básicamente por el conocimiento que de ella poseían académicos de la UBA y de la Universidad de Palermo, que veían a la Universidad del Comahue como un centro con perspectivas de fortalecimiento en iniciativas de interés público, habiendo trabajado con ellos anteriormente en otras materias, especialmente en cuestiones de reforma de la justicia criminal.

En el caso peruano, la Pontificia Universidad Católica del Perú ya había jugado un papel central en la ejecución del Proyecto piloto, al hacer las veces de coordinadora de dicho Proyecto en ese país. Originalmente, la idea de que la Pontificia Universidad Católica del Perú participara del Proyecto había surgido tanto del trabajo anterior de la Universidad Diego Portales en otras materias —básicamente en cuestiones de reforma judicial en América Latina—, así como de la propia recomendación de la Fundación Ford. A ella se agregó la Universidad de San Agustín de Arequipa, en el sur del Perú, centro académico que a pesar de su nombre es de carácter estatal. La experiencia de la Universidad Católica del Perú en la consecución exitosa de trabajos conjuntos con la Universidad de San Agustín fue un elemento decisivo para la incorporación de esta última a la Red.

En Chile, además de la Universidad Diego Portales, entidad a cargo del Programa sobre acciones de interés público, se sumó la Universidad Católica de Temuco. Mientras la primera es una entidad privada, con sede en Santiago, que tenía aproximadamente 15 años de existencia al crearse la Red, la segunda es de carácter estatal y se encuentra en la Región de la Araucanía, en el sur de Chile, habiendo adquirido vida propia

en la década de los ochenta, a partir de antiguas sedes de la Universidad de Chile y la Universidad Católica de Chile. En la Universidad Diego Portales, el Programa sobre acciones de interés público y derechos humanos fue creado dentro del contexto de las actividades del Centro de Investigación de la Facultad de Derecho, un núcleo orientado al trabajo en Derecho y Políticas Públicas. En una medida importante, en torno a este Programa venían a confluir diversos Proyectos e iniciativas llevadas a cabo con anterioridad por el Centro, en materias de derechos humanos, reforma de la justicia, justicia constitucional, derecho ambiental, protección de la infancia y otras áreas²².

Conforme a lo acordado con las distintas Escuelas de Derecho que participan en el Programa, éstas se comprometieron a incluir en sus planes de estudio la asignatura de Clínica de Interés Público. Esto se ha llevado a cabo a través de distintas modalidades.

Como se ha dicho, este tipo de Clínicas ya venían operando desde un par de años antes en la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo. En ambos casos este trabajo se desarrolla en forma permanente en conjunto con organizaciones no-gubernamentales: el centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) en el primer caso, y la Asociación por la Libertades Civiles en el segundo. Por lo mismo, en estos dos casos los pasos que se dieron fueron, por una parte, la suscripción de un compromiso formal de los Decanos de las respectivas Escuelas de Derecho para formar parte del Programa, y, de otra, la interacción permanente con las nuevas Clínicas.

En la UBA, la Clínica de Interés Público es una alternativa entre varias posibles para los estudiantes al momento de tener que cursar el ramo de práctica jurídica. En la Universidad de Palermo la clínica se inscribe dentro de los cursos de posgrado en Derecho y los alumnos deben escoger entre trabajar en ella o hacerlo en la revista jurídica de la Universidad. En la Universidad del Comahue, la Clínica se encuentra vinculada a un curso de profundización en materias penales.

En cuanto a Chile, en la Universidad Católica de Temuco la Clínica de Interés Público se estructuró como una de las alternativas posibles para los alumnos de Derecho al momento de cursar el ramo de Clínica Jurídica. En la Universidad de Talca se le dió el carácter de dos cursos electivos sucesivos de duración de un semestre cada uno, pero, como ya se ha dicho, la experiencia no continuó en 1998. Esto último ocurrió también en el caso de la Universidad Diego Portales en los dos primeros

²² Durante el primer año de existencia de la Red también operó una clínica de interés público en un tercer centro de estudios chileno: Universidad de Talca. Sin embargo, por decisión de las autoridades de la Facultad de Derecho de esa Universidad, el trabajo de la clínica fue discontinuado.

años de funcionamiento de la Clínica de Interés Público (1997 y 1998). Esta modalidad implica que los alumnos de la Clínica de Interés Público deben además cursar el ramo obligatorio de Clínica Jurídica. No obstante, en 1999 la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales pasó a constituirse en una de las alternativas posibles al momento de cursar el ramo obligatorio de Clínica Jurídica.

En lo que se refiere al Perú, tanto en la Universidad Católica como en la Universidad de San Agustín de Arequipa, la Clínica de Interés Público tiene el carácter de optativa para los estudiantes de la carrera de Derecho²³.

Más recientemente, en los primeros años del siglo XXI, se han ido incorporando a la Red más clínicas de este tipo que han sido establecidas en Argentina (Universidad Nacional de Tucumán) y Perú (Universidad de San Antonio Abad, en Cusco), así como algunas clínicas pioneras en Colombia (Universidad del Rosario), Ecuador (Universidad de San Francisco de Quito) y México (Instituto Tecnológico Autónomo de México-ITAM). Existen además prospectos para una pronta creación de instituciones similares adicionales en varios de estos países, que ya se encuentran trabajando con la Red. Entre ellas se encuentran el CIDE y la Universidad Iberoamericana en México, la Universidad de los Andes en Colombia y la Universidad Nacional de Córdoba (en Argentina, en convenio con el Centro de Derechos Humanos y Medio Ambiente-CEDHA).

En este proceso de estructuración de las Clínicas de Interés Público también han jugado un papel significativo las instancias de encuentro. Así, durante el primer lustro de funcionamiento de la Red se realizaron anualmente dos Encuentros de Clínicas de Interés Público por país, además de un Seminario y Encuentro Internacional de Clínicas anual. El Primer Encuentro nacional en cada país estuvo dedicado en una proporción importante a discutir aspectos organizacionales y de formas de trabajo de las Clínicas. Luego estos Encuentros estuvieron dedicados de manera preferente a la presentación de casos por los propios alumnos, discutiéndose el interés público envuelto en ellos y las estrategias jurídicas y comunicacionales (para producir un impacto público), sin perjuicio de que, con ocasión de dichos Encuentros, se hayan realizado también

²³ Respecto de los perfiles adoptados o a ser adoptados por las diversas Clínicas que conforman la Red, se elaboró un documento en el marco de la misma denominado «Elementos para una primera discusión sobre modelos de clínicas jurídicas de interés público: criterios de caracterización de las clínicas de interés público», Santiago, 1997 (copia en poder del autor de este trabajo). En dicho documento se categoriza la labor clínica en materias de interés público desde una serie de parámetros, incluyendo sus objetivos estratégicos, su relación con las políticas públicas de justicia, su composición profesional, el rol de los alumnos, las materias que aborda, los criterios de búsqueda y selección de casos, la participación de la comunidad, etc.

Foros de discusión, presentaciones de especialistas y hasta lanzamientos de publicaciones de la Red.

Por su parte, los Encuentros Internacionales están concebidos para realizar esos mismos análisis con el «plus» dado por visiones comparadas sobre la materia, así como para someter a debate las investigaciones académicas encargadas en el marco del Programa.

De este modo, los Encuentros Internacionales —que se efectúan anualmente y en forma itinerante en los diferentes países representados en el Programa— tienen dos componentes básicos. El primero consiste en presentar y someter a discusión crítica las investigaciones académicas llevadas a cabo en el transcurso del año. El segundo consiste en la presentación y análisis de un caso seleccionado por alumnos de cada una de las Clínicas que componen la Red. Para este efecto, se agrupan temáticamente casos de dos Clínicas y se lleva a cabo la presentación y discusión.

Además de lo anterior, y dado que se ha contado en estos Encuentros Internacionales con académicos de Clínicas Jurídicas vinculadas a temáticas de interés público provenientes de Estados Unidos, se han realizado presentaciones sobre las experiencias clínicas en ese país, de lo que ha resultado una contrastación entre dichas experiencias y las iniciativas llevadas a cabo en los países sudamericanos. Cabe anotar que el elemento de estos Encuentros Internacionales que más les ha llamado la atención a los académicos norteamericanos ha sido la presencia significativa y el activo rol desempeñado por los estudiantes, ausente según ellos en la discusión inter-clínicas en EE.UU.

A título ejemplar, se puede señalar algunos de los problemas jurídicos tratados por las Clínicas a partir de la defensa de casos concretos:

- acción de amparo en defensa del derecho a la salud, por la decisión del Estado argentino de no continuar la producción de vacuna contra la fiebre hemorrágica argentina o «mal de los rastrojos» (UBA/CELS, Argentina);
- problemas de desposeimiento y división de tierras indígenas en el Sur argentino (Universidad de Palermo);
- conflicto por instalación de industria pesada y contaminante en áreas ecológicamente protegidas (Universidad Católica del Perú);
- derechos esenciales consagrados en la Ley del Consumidor chilena y límites de las funciones de los guardias de seguridad privados en tiendas comerciales (Universidad Católica de Temuco, Chile);
- tasas judiciales y acceso a la justicia (Universidad de San Agustín de Arequipa);
- discriminación en avisos de oferta laboral en diarios de amplia circulación (Universidad Católica del Perú y Universidad Diego Portales);

- accesibilidad de personas que viven con discapacidad física a medios de transporte público (Universidad del Rosario, Colombia);
- acciones judiciales por el «derecho a la verdad», en el caso de desaparecidos que fueron víctimas del terrorismo de Estado (UBA/CELS, Argentina);
- censura judicial de libros (Universidad Diego Portales);
- protección del patrimonio cultural (Universidad de San Antonio Abad del Cusco);
- derechos de los presos (Universidad Nacional del Comahue, Argentina);
- situación de los migrantes en la frontera sur de México (ITAM);
- control de los procedimientos policiales (UBA/CELS, Universidad Diego Portales).

En la selección de los casos, han jugado criterios como los siguientes (por lo menos deberían concurrir algunos de ellos para que un caso sea escogido):

- que el interés público aparezca con nitidez en el caso, de manera que la Clínica respectiva no se vea en la necesidad de tomar partido entre intereses privados igualmente legítimos;
- que se trate de casos paradigmáticos, que puedan servir de modelo para el desarrollo de otros casos y para fortalecer la jurisprudencia;
- que sea posible detectar en el caso defectos estructurales del orden legal interno, de manera de promover, a través de la acción jurídica, cambios o sustituciones en él;
- que sea previsible que el caso pueda producir un impacto público significativo;
- que exista la posibilidad de usar los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos;
- que exista un compromiso institucional con las defensas asumidas;
- que el caso sea plausible, en el sentido que pueda concebirse como un caso «jurídico» y que su tramitación judicial tenga cierta viabilidad.

Desde un comienzo las Clínicas han interactuado con organizaciones no-gubernamentales, suscribiendo convenios y otras formas de cooperación con ellas. Dado que uno de los objetivos del Programa sobre acciones de interés público es contribuir a canalizar demandas y formas de participación de la sociedad civil, estos vínculos resultan indispensables. Ello hace más factible, además, que los casos escogidos para su prosecución por la vía judicial posean realmente una significación pública. Los alcances e implicaciones de estas relaciones los analizaremos más adelante en este trabajo.

El Programa también incluye un componente de investigaciones académicas sobre acciones de interés público. A este respecto, la etapa «piloto» del Programa consistió precisamente en la realización de un conjunto de investigaciones que registraron y sometieron a una evaluación crítica las acciones de esta naturaleza emprendidas en los países participantes²⁴. Una vez constituido el Programa propiamente tal, se ha profundizado en esta línea, a través de publicaciones de carácter internacional de la Red y de las Universidades participantes.

Otra iniciativa ha consistido en la creación de foros de interés público, que funcionan en varios países, con especial vigor en Argentina y Chile. Estos foros constituyen instancias de encuentro periódico en las que participan representantes del sector académico (con carácter multidisciplinario), no-gubernamental, político y de la comunidad legal y judicial. Estos foros son relevantes para fortalecer los vínculos y el trabajo conjunto de los centros académicos con la sociedad civil, en lo que se refiere a tareas de investigación, de participación en la gestación y en el control de políticas públicas y de monitoreo del sistema judicial. Además, a menudo a partir de los propios foros surgen casos paradigmáticos para ser sometidos a los tribunales, de modo que dichos foros «nutren» a la clínicas con bases para su trabajo en la esfera judicial.

En los foros se presentan documentos y trabajos de investigación (elaborados ya sea en el marco de la Red o en el contexto del trabajo de otras instituciones) que versan sobre el estado de situación, las políticas públicas o las políticas judiciales en las materias sustantivas respectivas. En relación con el aspecto judicial, ambos foros recogen también los casos judiciales llevados adelante por las clínicas de interés público y por otras instituciones, reflexionando a través de investigaciones académicas en torno a dichos casos y a las tendencias que ellos representan, difundidos, compartiendo y discutiendo estrategias jurídicas y de impacto comunicacional. A través de los foros, las clínicas ven fortalecido su perfil público, apareciendo de manera permanente como una instancia a la cual es posible recurrir para perseguir acciones judiciales en las materias que se debaten en los foros. Recíprocamente, el trabajo de las clínicas es instrumental para el desarrollo de los foros, contribuyendo a que éstos tengan constantemente un sentido práctico significativo, conectado a problemas sociales apremiantes.

²⁴ Una selección de las investigaciones llevadas a cabo en la etapa piloto fueron recogidas en el libro *Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú*, Felipe GONZÁLEZ MORALES (ed.), *op. cit.*

5.

Algunas preguntas recurrentes en el trabajo clínico en materias de Derechos Humanos e Interés Público

Las modalidades de trabajo antes descritas, que, como se ha visto, poseen un componente «dialogal» significativo han dado lugar al levantamiento de algunas preguntas y problemas que resultan relevantes para el desarrollo de este tipo de trabajo. En esta sección se recogen las principales de ellas.

5.1. **¿Cómo se vinculan el Interés Público y los Derechos Humanos?**

En algunos seminarios en que he tenido oportunidad de participar ha llamado la atención el empleo de expresiones como «acciones de interés público», «organizaciones que trabajan por el interés público» y otras análogas. Por ejemplo, en un encuentro convocado por la Fundación Ford hace un tiempo en Santiago²⁵, algunas ONGs de mujeres señalaron que les había tomado largo tiempo para «instalar» y «socializar» el problema de los derechos de la mujer como un problema de derechos humanos. La carencia de una socialización al respecto también se había reflejado durante muchos años al nivel de las instituciones no-gubernamentales, ya que existían, por un lado, «organizaciones sobre derechos

²⁵ Me refiero a un foro organizado por la Fundación Ford en octubre de 1999. Véase FUNDACIÓN FORD, Taller «Investigación en materias de interés público» (materiales para el taller), 19-20 de octubre 1999.

de la mujer» y, por otro, «organizaciones de derechos humanos.» En estas últimas, el tema de los derechos de la mujer no formaba parte de su agenda o mandato. Paulatinamente esto fue cambiando y en América Latina a partir de la década de los noventa las ONGs que abordan de manera general las violaciones a los derechos humanos comenzaron a incluir las afectaciones a los derechos humanos de la mujer. A nivel de los organismos inter-gubernamentales de derechos humanos, como los de Naciones Unidas o de la Organización de los Estados Americanos, se vivió un proceso similar, que significó que el problema de los derechos humanos de la mujer pasara no sólo a constituirse en un tema específico a analizar, sino que comenzara a cruzar transversalmente los Informes sobre países y otros estudios generales sobre la situación de los derechos humanos. Entonces, se preguntaban estos grupos de mujeres, ¿es que se nos está proponiendo ahora que renunciemos a esto?

Una pregunta hasta cierto punto análoga podrían haber formulado las organizaciones de derechos humanos propiamente tales. O los centros académicos especializados en derechos humanos. Caracterizar un juicio en materia de derechos humanos como una «causa de interés público» podría debilitar el asunto a ojos de la opinión pública.

Antes de hacerse cargo de estos planteamientos, conviene señalar que la expresión «interés público» posee por sí misma un cierto sesgo que podría llevarnos encaminarnos hacia un rumbo distinto al deseado. En la tradición del Derecho Continental europeo y en especial en la manera en que ella ha sido recogida en América Latina, esta expresión históricamente ha estado asociada a la idea de «interés estatal». En esta lógica, el interés público ha sido presentado como un elemento que limita los derechos de las personas. En la versión anglosajona del término, sin embargo, así como en la forma en que se ha venido trabajando con esta expresión en América Latina en los últimos años, el concepto de interés público posee otros alcances.

En efecto, ya no se trata de identificar el interés público con el interés estatal, sino de llevar esta noción más allá. Esta transformación en el uso que se le da a la idea de interés público pasa por asumir un concepto de «lo público» distinto al que tradicionalmente se le ha atribuido en Latinoamérica. «Lo público», entonces, ya no es entendido como sinónimo de lo estatal, sino como un espacio más amplio, que incluye a la sociedad civil. Lo que sucede es que se pone un énfasis mucho mayor que en el pasado respecto del papel que los actores no-gubernamentales desempeñan en la construcción de un sistema democrático. Ya no se trata de que los actores no-estatales se limiten a participar «desde afuera», sino que se asume que ellos intervienen y participan en forma permanente y significativa en el juego democrático, a través de sus múltiples manifes-

taciones. Estas manifestaciones se extienden desde el clásico rol en materia del ejercicio de derechos políticos, a funciones tan diversas como el control del quehacer estatal, intervención en los procesos legislativos, demandas judiciales y extrajudiciales por la protección de derechos, difusión de información a la ciudadanía acerca de los problemas públicos en busca de un mayor involucramiento de ésta, y muchas otras. En esta perspectiva, entonces, para los ciudadanos lo relevante no es sólo lo privado, sino también lo público. El que no ha sido esta la visión históricamente predominante en América Latina queda de manifiesto cuando se observan las serias limitaciones jurídicas para que los ciudadanos tomen parte de iniciativas legislativas o para que ejerzan acciones judiciales que vayan más allá de sus intereses privados²⁶.

Si, como hemos visto, el concepto de lo público cambia, lo propio ocurre con la noción de interés público. Esta noción ya no estará asociada a la idea de interés estatal, sino que incorporará otras dimensiones, relativas a los aspectos que revisaba en el párrafo precedente. Velar por el interés público significará, en esta perspectiva, velar por el buen funcionamiento del sistema democrático, por la sujeción de las autoridades a los principios y reglas de un Estado de Derecho, por la garantía efectiva de los derechos humanos, por la participación ciudadana en el quehacer público y por otros aspectos análogos.

Por lo mismo, la noción de interés público ya no se nos presenta como un elemento que limita los derechos humanos, sino que adquiere una estrecha conexión con éstos, en la medida en que su protección aparece como uno de los aspectos centrales de la salvaguarda del interés público. No estamos afirmando, sin embargo, que cuando hablamos de interés público y de derechos humanos nos referimos a dos sinónimos. Como hemos observado algo más arriba, la noción de interés público, según se la viene entendiendo, comprende otros elementos además de los referidos a derechos humanos. En consecuencia las iniciativas en materia de derechos humanos pueden ser entendidas como iniciativas de interés público, pero no todas las iniciativas de interés público están, en rigor, referidas a problemas de derechos humanos.

Es cierto que en parte el tratamiento del problema varía según el enfoque que se tenga acerca de qué aspectos están cubiertos por la noción de derechos humanos. Pero, recalco, sólo en parte, ya que, como veremos en seguida, dependiendo de cómo estos derechos sean entendidos la frontera podrá moverse, pero sin que se altere nuestra afirma-

²⁶ Sobre este último punto, véase Francisco Cox, «Class Action e Interés Público», en: Felipe GONZÁLEZ (ed.), *Derechos Humanos e Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales n.º 11, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, pp. 9-53.

ción anterior en el sentido de que interés público y derechos humanos no son expresiones sinónimas. Si entendemos los derechos humanos en el sentido en que lo hace el liberalismo clásico, esto es, referidos exclusivamente a los derechos civiles y políticos, el ámbito de confluencia entre derechos humanos e interés público será menor que si se asume que el concepto de derechos humanos incluye también derechos de la esfera económica, social y cultural. En el primer caso, bajo la óptica del interés público podrá haber un acometimiento de políticas sociales, pero sin que éstas sean enfocadas bajo una perspectiva de derechos propiamente tales. En el segundo caso, estos temas serán a la vez materias de interés público y de derechos humanos.

Incluso respecto de la cuestión de la participación ciudadana, que, como antes hemos anotado, corresponde a uno de los elementos centrales de las iniciativas de interés público, la frontera podría moverse según el enfoque sobre derechos que se siga. Una visión clásica de los derechos humanos a menudo —aunque no necesariamente— postulará que, en términos de derechos, la participación ciudadana queda circunscrita al ejercicio de los derechos políticos y a los aspectos de los derechos a la libre expresión, a asociarse y a reunirse que tengan conexión con dichos derechos políticos. No es que desde la visión clásica las formas de participación ciudadana tengan necesariamente que terminar allí, pero en su dimensión de derechos humanos ése sería su perímetro. Desde una visión diferente, podría asumirse que otras manifestaciones de participación ciudadana además de las clásicas, como podrían ser formas de democracia directa, de control ciudadano del quehacer estatal, etc., poseen también el status de derechos y quedan incorporadas dentro de los derechos civiles y políticos. Análogamente a lo que ocurría en materia social respecto de la participación ciudadana, dependiendo del enfoque que se posea será mayor o menor la confluencia entre derechos humanos e interés público, menor en la versión del liberalismo clásico y mayor en la segunda versión expuesta.

Una de las ventajas de usar el concepto de interés público radica precisamente en poder sortear algunos de los debates precedentes o al menos dejarlos en suspenso para algunos efectos prácticos. Porque incluso si se asume que hay un ámbito de las políticas sociales que corresponde propiamente a derechos en un sentido fuerte, la discusión puede continuar respecto de dónde se fija precisamente la frontera, es decir, qué espacio dentro de las políticas sociales corresponde propiamente a políticas públicas que pueden ser formuladas con cierta discrecionalidad y qué espacio corresponde a derechos y, por tanto, tal discrecionalidad (en el sentido fuerte de la expresión) no existe. El mismo hecho de que el tratado más importante en la materia, el Pacto Internacional de Dere-

chos Económicos, Sociales y Culturales, introduzca un elemento de progresividad en el tratamiento del tema, da muestras de lo complejo del abordaje de esta materia. En cambio, desde la perspectiva del interés público, los problemas sociales quedan inequívocamente incorporados.

Otro ejemplo claro de que el concepto de interés público abarca aspectos no cubiertos por la noción de derechos humanos es el de la protección del consumidor. Desde luego que hay aspectos de la protección del consumidor que están relacionados e incluso pueden asumirse dentro de una concepción de derechos humanos. Pero hay muchos ámbitos en que ello no ocurre.

Pero el asunto no es tan sencillo como podría en principio aparecer de lo recién sostenido. Invocar o no la noción de derechos humanos es no sólo una decisión significativa desde el punto de vista conceptual, sino también, y como se apuntara al inicio de este apartado a propósito de las organizaciones de mujeres, una cuestión estratégica importante. La noción de derechos humanos posee una carga más fuerte socialmente que la noción de interés público. A ello se suma el que construir una causa como de derechos humanos puede ser en algunos casos decisivo para hacer dicha causa reclamable judicialmente o para recurrir a determinados órganos internacionales.

De allí que, como se ha venido discutiendo en diversos foros, pareciera que un enfoque flexible resulte el más apropiado al respecto. Para continuar con el ejemplo de las mujeres, no se trata de deshacer lo andado y pretender que coloquen en un segundo plano ni menos que olviden el carácter de derechos humanos de sus reivindicaciones, sino de que, en determinados contextos, esas reivindicaciones pueden ser incluidas dentro de un paraguas más amplio que el de los derechos humanos: el de la protección del interés público. Esto le da nuevas dimensiones al problema, favorece la conexión del problema con otras temáticas con las cuales de otro modo quedaría desvinculado o insuficientemente conectado y, potencialmente, puede permitir alcanzar a otras audiencias.

Lo mismo es válido para otros componentes de la noción de interés público: ellas pueden ser presentadas o reivindicadas ya sea bajo su denominación específica (protección del consumidor, derechos humanos, etc.) o bajo la denominación genérica de iniciativas de interés público. Como ya hemos señalado, no es que esas expresiones específicas sean sinónimos de la noción de interés público, sino que forman parte de él. De allí que a menudo sea posible invocar uno u otro tipo de expresiones, lo que dependerá básicamente de consideraciones estratégicas²⁷.

²⁷ Además de los textos ya citados, he tenido especialmente en cuenta para este apartado los siguientes trabajos y documentos: Edwin REKOSH, Kyra A. BUCHKO y Vessela TERZIEVA

5.2. ¿Favorecen las acciones de interés público la dispersión y atomización de las demandas?

Cuando se analizan acciones emblemáticas de interés público y derechos humanos en el Derecho Comparado, es recurrente la mención a aquéllas que llevara a cabo el movimiento contra la segregación racial en Estados Unidos²⁸. A nivel de los países latinoamericanos, se destacan las acciones emprendidas por el movimiento de derechos humanos durante las dictaduras que predominaron en los setenta y los ochenta. Respecto a la situación en las dictaduras, la respuesta a la pregunta planteada es obviamente negativa, ya que dichas acciones no sólo no favorecieron la dispersión y atomización de las demandas ciudadanas, sino que contribuyeron en forma significativa a que la población adquiriera conciencia de la gravedad de la situación y de sus derechos, y que comenzara a movilizarse para protegerlos.

En cambio, la pregunta adquiere relevancia en otros contextos, cuando en lugar de haber un grupo muy grande de ciudadanos afectados por el mismo problema —la segregación racial o las violaciones a derechos elementales—, los diferentes sectores de la población se ven afectados en sus derechos de formas distintas. De hecho, si se revisa la situación actual en EE.UU., sin perjuicio de que se lleven a cabo algunos tipos de acciones que involucren a amplios sectores —como la población afroamericana o las mujeres—, se observa que se ha incrementado de manera importante la dispersión de las demandas.

Pareciera que en las sociedades latinoamericanas ocurre un fenómeno análogo —aunque a menor escala, ya que continúan siendo frecuentes las violaciones a derechos elementales—, sobre todo si se compara la situación actual con la vivida en los años sesenta o luego durante las dictaduras. Las demandas ciudadanas tienden a concentrarse en mayor

(eds.), *Pursuing the Public Interest: A Handbook for Legal Professionals and Activists*, Columbia Law School (2001); FUNDACIÓN FORD, *Rompiendo la Indiferencia: acciones ciudadanas en defensa del interés público* (2000), especialmente el trabajo de Augusto VARAS, *Democracia, Ciudadanía e Interés Público* (pp. 19-37) y el de Gorki GONZALES, *Interés Público e Institucionalidad Democrática: investigación para la acción* (pp. 41-59); *Public Interest Law: concept and practice*, Ford Foundation Symposium, Moscú (2001); Felipe GONZÁLEZ (ed.), *Las acciones de interés público: Argentina, Chile, Colombia y Perú*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales n.º 7, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales (1997), especialmente mi artículo «Relatoría general proyecto sobre acciones de interés público» (pp. 15-48) y el de Carlos PEÑA, «Las acciones de interés público en el ordenamiento jurídico chileno: antecedentes dogmáticos y conceptuales» (pp. 353-386).

²⁸ Ver Helen HERSHKOFF y David HOLLANDER, «Los Derechos en Acción: Litigios de Interés Público en los Estados Unidos», en: FUNDACIÓN FORD, *Caminando a la Justicia: el trabajo en el área del Derecho de los donatarios de la Fundación Ford en el mundo* (2001), capítulo 3.

medida que en el pasado en la reivindicación de intereses de sectores determinados, los que si bien en último término afectan a la sociedad como conjunto —ya que de otro modo no serían acciones de interés público—, se llevan a cabo de un modo tal que se pierde la conexión con ese interés más general. En este proceso influye el modelo económico y las transformaciones culturales que trae consigo, más centradas en que el individuo ponga el acento en la satisfacción de sus intereses propios que en los del conjunto de la población. El hecho de que haya un «despertar» de la conciencia de los derechos de las minorías y de los sectores vulnerables, a veces en los hechos no va acompañado de una conciencia y una dedicación más generales acerca de aquellas minorías o sectores vulnerables a los que la persona de que se trate no pertenece.

Se produce así, con no poca frecuencia, un potenciamiento de las reivindicaciones que afectan al individuo y a su grupo —potenciamiento cuya legitimidad no estamos poniendo en tela de juicio aquí—, pero a la vez un interés débil o meramente declarativo por las situaciones de los demás individuos o grupos, lo que dificulta el trabajo conjunto y sistemático.

Podría decirse que otro elemento que contribuye a este cuadro en América Latina es la ausencia de acciones de clase («class actions»). Aunque en este caso sí se trata de personas o grupos en una misma situación, el trato diferenciado que se les da debido a la ausencia de estos mecanismos procesales debilita también su coordinación y articulación conjunta.

También podría discutirse a propósito de la dispersión de las demandas si acaso es posible situar en el mismo plano las acciones de interés público en materia de protección del consumidor que aquéllas referidas a minorías o sectores vulnerables. Planteo el punto porque mientras en el segundo caso la pertenencia al grupo suele ser permanente, en lo relativo a la protección del consumidor, la adscripción a un mismo grupo usualmente es circunstancial, generando, consecuentemente, y como regla general, menores niveles de adhesión emocional.

Ahora bien, encarando derechamente la pregunta formulada, no es que las acciones de interés público de suyo fomenten la dispersión de las demandas o su opuesto, la articulación de las mismas. Dependiendo en buena medida de la forma en que sean llevadas a cabo, dichas acciones podrán favorecer la articulación; de hecho, esta articulación debiera encontrarse entre los objetivos de las acciones de interés público, de manera de fortalecer, en cuanto sea posible, la participación ciudadana como conjunto. No obstante, cuando se trate de la representación de grupos de alta invisibilidad social, el hecho de que no aparezcan otros «partners» o aliados en la tarea, no debiera constituir un factor en contra de asumir esa labor. Es más, el representar a esos grupos podría ayudar a potenciar

su perfil público y eventualmente a favorecer instancias de articulación posteriores.

Desde luego, el mantener instancias de coordinación permanentes con organismos de la sociedad civil debiera ser parte del trabajo que llevan a cabo las instituciones que litigan en materias de interés público, de manera de poder contribuir a establecer esas articulaciones a que recién me refería en casos concretos. Estas articulaciones pueden asumir distintas modalidades, pero probablemente la más recurrida en relación con los casos será la de carácter comunicacional.

5.3. Algunas preguntas sobre la enseñanza clínica

5.3.1. *Eficacia del litigio y enseñanza clínica: ¿por qué no dejar entregados los casos reales a las ONGs y trabajar en las Universidades con casos hipotéticos?*

Como se ha explicado anteriormente, la defensa de casos de interés público por parte de clínicas jurídicas universitarias es un fenómeno que se ha venido extendiendo en los últimos años en diversos países de América Latina y de otras regiones del mundo. Comparada con la litigación asumida por organizaciones no-gubernamentales (ONGs), el trabajo clínico en esta materia presenta ventajas y desventajas y, como suele suceder en los más diversos órdenes de cosas, algunas de las ventajas tienen un costo, esto es, acarrear consigo determinadas desventajas.

El anterior parece ser precisamente el caso del objetivo de las clínicas de influir en las transformaciones en la enseñanza del Derecho. Como antes se ha señalado en este trabajo, éste fue uno de los objetivos originales del movimiento clínico jurídico —nacido en el contexto de las doctrinas del realismo jurídico, objetivo que más tarde se fue perdiendo en América Latina, pero que en la actualidad parece estar recobrando fuerza, en especial por las iniciativas en materia de interés público y en los procesos de reforma judicial en la región.

La cuestión de la eficacia arriba planteada no se refiere a la capacidad o no que las clínicas tengan para litigar en casos complejos —aspecto contingente, que dependerá de los recursos humanos de que disponga la clínica—, sino a potenciales limitaciones en su capacidad de reaccionar de manera rápida ante situaciones urgentes. El problema puede plantearse debido a la necesidad de las clínicas de compatibilizar la litigación con la enseñanza. En este sentido, la preparación de un caso de una manera en que los estudiantes jueguen un papel relevante puede tomar más tiempo que el que tardarían en hacerlo los profesores de la clínica por sí mismos o los abogados de una ONG. Este es un proble-

ma con el que la Clínica de Interés Público de la Universidad Diego Portales ha tenido que lidiar en más de una ocasión. Esto ocurrió, por ejemplo, en el recurso de protección interpuesto hace algunos años solicitando el cierre del Vertedero de Lepanto, en el que, de hecho, el equipo de profesores de la clínica y aquéllos asociados al programa acabaron realizando la mayor parte de las tareas jurídicas sustantivas. Algo similar sucedió al momento de la censura de *El Libro Negro de la Justicia Chilena*, en que la clínica reaccionó de manera inmediata, presentando una medida cautelar solicitando el levantamiento de dicha medida ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que fue preparada fundamentalmente por el equipo docente. En ambos casos los alumnos manifestaron su disconformidad con lo sucedido, cuestión que pudo ser reparada en cierta medida en el segundo de los casos mencionados, ya que ellos tuvieron una participación activa en una serie de actuaciones posteriores.

La pregunta planteada, claro está, tiene sentido en un contexto en el que existan organizaciones no-gubernamentales fuertes; sin embargo, también podría resultar pertinente en un contexto en el que esta característica no se hallara presente, ya que podría ser eventualmente un elemento a considerar por las instituciones donantes, respecto de acaso focalizar o no sus recursos para litigación en dichos organismos o hacerlos extensivos también a las clínicas.

Puede ser interesante analizar en este punto la situación en Estados Unidos. En ese país existen efectivamente ONGs que emprenden litigación de manera sistemática y con amplio impacto, como, por ejemplo, la American Civil Liberties Union (ACLU) y el Legal Defense Fund de la NAACP (National Association for the Advancement of Colored People). No obstante, en ese contexto han ido surgiendo con creciente fuerza las clínicas jurídicas universitarias dedicadas a temas de derechos humanos y, más genéricamente, de interés público, siendo varias las que litigan tanto a nivel interno como internacional, como la Clínica de Derechos Humanos de American University, que ha llegado no sólo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sino también ante la Corte. ¿Tiene sentido este desarrollo, que también comienza a avizorarse en América Latina? ¿No deberían las clínicas, habida cuenta de sus limitaciones, limitarse a trabajar con casos hipotéticos?

Estamos hablando aquí de limitaciones inherentes a una clínica, como aquéllas a los que nos referíamos antes en este mismo apartado. Si se tratara, en cambio, de limitaciones de otro origen —como la endémica falta de recursos financieros y humanos de la mayoría de las clínicas en Latinoamérica y su falta de objetivos definidos—, la respuesta pareciera ser positiva: en tales circunstancias la atención al cliente es inadecuada y

el proceso de enseñanza-aprendizaje también lo es, sin que se desarrollen destrezas apropiadas en los alumnos, sino que, por el contrario, familiarizándolos en una etapa fundacional de sus carreras con los vicios del sistema, como la delegación de funciones, el formalismo, etc. En una situación así sería preferible que se trabajara sobre la base de casos hipotéticos.

Pero, ¿y qué pasa con aquellas clínicas que están a salvo de esas carencias y que sólo presentan las limitaciones señaladas derivadas de la necesidad de compatibilizar litigio y enseñanza? ¿No será igualmente preferible que ellas operen a partir de casos hipotéticos, y perseguir, en cambio, el fortalecimiento de la litigación por las ONGs? Hay varios elementos a analizar aquí. Primeramente, está el impacto susceptible de alcanzarse a nivel externo (social) e interno (en la Universidad) si se trabaja con casos reales. El primer tipo de impacto (social), sencillamente desaparece si se trabaja con casos hipotéticos. ¿Pero es esto relevante si existen organismos no-gubernamentales fuertes? Aun así pareciera serlo. Las instituciones académicas que litigan casos de interés público proporcionan una clase de legitimidad distinta y complementaria a la que poseen las ONGs: su función no es la misma que la de éstas y socialmente se las percibe como entidades de un tipo diferente, que aportan algo adicional.

En cuanto al impacto interno, éste disminuye considerablemente, ya que si bien los alumnos pueden adquirir una cierta sensibilidad con determinados problemas sociales aun cuando los casos hipotéticos, ella no será ni de cerca la susceptible de alcanzarse mediante el litigio de casos reales. Además, si se trata de casos hipotéticos, el (débil) impacto interno en la Universidad no llegará más allá (salvo eventualmente de un modo indirecto y muy difuso) a los estudiantes que no hacen el curso, cuestión muy distinta a lo que ocurre con la difusión al interior de la Universidad de los casos reales que se llevan por una clínica.

Además, el tipo de experiencia formativa que para los alumnos posee la litigación en casos reales de interés público supera con creces al trabajo con casos hipotéticos. Operar con casos hipotéticos contribuye al desarrollo intelectual teórico y práctico de los alumnos, pero no proporciona la formación más integral del trabajo con casos reales, que involucra aspectos psicológicos y emotivos, además de hacer que el alumno se vea sometido a imprevistos y cambios sobre la marcha.

También hay que considerar otro factor, cual es que las acciones de interés público llevadas ante los tribunales van acompañadas de iniciativas comunicacionales, para dar difusión y realce a las acciones emprendidas. Si bien las iniciativas comunicacionales también podrían ser simuladas, es evidente que, tal como ocurre con el litigio según se señalaba

en el párrafo anterior, la experiencia formativa para el alumno será menos integral que si se trabaja con casos reales.

Las clínicas jurídicas universitarias no pueden pretender suplantar a los organismos no-gubernamentales en las tareas de litigación. Unas y otros poseen sus especificidades, ventajas y limitaciones. Las clínicas tienen el impacto interno a nivel de las Facultades de Derecho, así como formas de acceso a la comunidad jurídica que no son necesariamente las mismas que las ONGs. Estas se hallan, en cambio, supuesto que dispongan de los recursos suficientes, en posición de asumir un mayor volumen de casos. Las formas de relación con otras instituciones de la sociedad civil también son diferentes, así como también suelen serlo sus vías de difusión.

Resumiendo la respuesta a la pregunta que encabeza este apartado, si bien es importante que las clínicas asuman casos reales en materias de interés público, ello no significa que puedan suplir todas las funciones que desempeñan los organismos no-gubernamentales.

5.3.2. *¿Qué debe primar, el cliente o la causa?*

Cuando hablamos aquí de causa, nos referimos al objetivo que se persigue con la litigación u otra acción de interés público en un caso determinado. La pregunta formulada tiene relación con los términos conforme a los cuales se lleva a cabo la acción. Por ejemplo, bajo qué condiciones —si alguna— el cliente debiera alcanzar un arreglo o, más al extremo, su poder para desistirse de la iniciativa.

Desde luego, desde el punto de vista estrictamente jurídico, el cliente siempre es quien manda, y sus abogados a lo sumo pueden aconsejarlo en una determinada dirección, sin poder constreñirlo a seguir su consejo, pero en este apartado aspiro a ir más allá de esta sola dimensión del problema.

En un contexto de violaciones masivas y sistemáticas esta pregunta rara vez se planteaba. De hecho, no pocas veces los abogados interponían las acciones a nivel internacional —en aquellas situaciones en que existe una acción popular, como ante la Comisión Interamericana— sin patrocinio de la víctima ni de sus familiares. Pero en la actualidad esto ha cambiado, incluso respecto de las violaciones al derecho a la vida, como se aprecia de algunas soluciones amistosas alcanzadas en el marco del Sistema Interamericano²⁹.

²⁹ Por ejemplo, ante la Corte Interamericana, en el Caso El Amparo (sentencia de 18 de enero de 1995, serie C n.º 19) respecto de Venezuela y en el Caso Garrido y Baigorria (sentencia de 2 de febrero de 1996, serie C n.º 26) en relación con Argentina.

Con mayor frecuencia se plantea este dilema en el contexto de aquellas acciones en las que la propia institución —clínica, ONG u otra— es la que ha buscado al cliente, esto es, ha determinado primeramente la necesidad de llevar adelante una iniciativa de interés público en una cierta área temática y sólo después ha procurado identificar a una persona o grupo de personas afectadas. Este tipo de casos «de laboratorio» era muy escaso en América Latina hasta hace algunos años, pero en la actualidad, sin haber alcanzado aún un volumen significativo, no es infrecuente. En estas circunstancias es donde se plantea con mayor fuerza la pregunta acerca de «quién es el dueño del caso.»

Lo que no puede pasarse por alto es que el cliente es no solamente el afectado, sino que, por el hecho de consentir en que su nombre sea invocado para llevar adelante una acción de interés público, él o ella se expone, es decir, el asunto no está exento de costos para el cliente. El cliente puede estar exponiendo su reputación ante ciertos grupos sociales, puede verse sometido a presiones de terceros, puede verse involucrado en conflictos no deseados, puede resultar expuesto al escrutinio de la prensa en mayor medida que el que había previsto y puede estar corriendo otros riesgos. En otras palabras, no es únicamente la institución que concibe originalmente la acción la que pone esfuerzos y se somete a conflictos diversos, a veces imprevistos, sino también el cliente.

De allí que, en estricto rigor, «el dueño del caso» sea el cliente. Por cierto, es perfectamente legítimo que antes de iniciar las acciones, especialmente las de carácter judicial, se deje bien establecido en qué términos se asume la representación del afectado o afectada, así como se converse acerca de en qué circunstancias y bajo qué modalidades se estaría dispuesto a alcanzar una solución negociada con la contraparte. Pero todo esto no puede opacar el hecho de que en definitiva «el dueño del caso» es el cliente.

Sin perjuicio de lo anterior, el asunto puede tener una connotación diferente en ciertas circunstancias. Ello ocurre cuando, por ejemplo, una clínica jurídica asume la representación de una organización no-gubernamental, o bien cuando una ONG dedicada al litigio judicial representa a otra ONG que no posee abogados en su equipo de trabajo. En estos casos, en la práctica, la relación que se produce no es propiamente la de abogado-cliente, sino que las instituciones operan como socias. La institución representada como regla general incluso poseerá un conocimiento mayor que la que la representa judicialmente acerca de los aspectos sustantivos sobre los que se litiga. De allí que en estas circunstancias el litigio judicial y las iniciativas que lo acompañen obedecerán a una estrategia conjunta en torno a los pasos a seguir.

5.4. Algunas preguntas sobre el uso de los tribunales internos y de la jurisdicción internacional

5.4.1. *¿Es conducente el recurso a los tribunales internos para llevar adelante acciones de interés público? ¿Es legítimo recurrir a dichos tribunales para posicionar problemas en la agenda pública?*

Si bien las acciones de interés público tienen un alcance que va más allá de las acciones judiciales e, incluso, de las iniciativas de carácter jurídico, lo cierto es que muchas de dichas acciones, en el caso de América Latina, son encauzadas, por lo menos en la etapa inicial, a través de los tribunales. Como los sistemas judiciales internos de los países latinoamericanos no tienen, como regla general, una tradición de encarar estas materias con perspectivas innovadoras, sino que tiende a predominar en ellos un enfoque formalista y restrictivo de derechos, desde un comienzo ha estado latente la pregunta por el sentido de emprender las acciones de interés público por la vía judicial. Una pregunta adicional y no menos importante se refiere a si se justifica que los actores que operan en materias de interés público por vías judiciales a menudo lo hagan con conciencia de que es altamente probable de que el caso no encuentre satisfacción en esa esfera, pero que de todos modos ellos emprendan esa vía, por el impacto que puede producirse en la opinión pública y la consecuente reforma legislativa u otro tipo de cambio que ello puede terminar produciendo. ¿Se trata de una manipulación ilegítima del sistema judicial?

Analicemos la primera pregunta, esto es, la referida al sentido de emprender acciones de interés público por la vía judicial en un contexto adverso. ¿No se corre acaso el riesgo de que la jurisprudencia deje las cosas en un estado aún peor que el previo a la interposición de la acción ante los tribunales? ¿No se estimula a que instituciones que promueven una visión restrictiva de los derechos humanos empleen también el recurso al sistema judicial y consoliden sus aspiraciones? A mi juicio, estos riesgos son reales, pero, por lo menos en el contexto actual, en el que parece predominar socialmente una tendencia hacia la expansión de los derechos, sus efectos no debieran extenderse en el mediano y largo plazo. Aún más: en ocasiones, esas decisiones judiciales restrictivas de derechos resultan contraproducentes para quienes sostiene esa visión, puesto que producen, a nivel social, el efecto precisamente contrario. En Chile esto es lo que ha ocurrido con varias decisiones judiciales en los últimos años, como, por ejemplo, a propósito de las sentencias en el caso de la película *La Última Tentación de Cristo* y en el de *El Libro Negro de la Justicia Chilena*. En el caso de la película, la censura de la misma por parte

de la Corte de Apelaciones de Santiago y por la Corte Suprema, llevaron el asunto al ámbito internacional, donde primero la Comisión y luego la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenaron al Estado chileno por vulnerar la libertad de expresión, produciendo un impacto significativo hacia la derogación de la censura cinematográfica, la cual fue abolida a fines de 2002. En el caso del «Libro Negro», concurrieron varios elementos: los tribunales fueron quienes censuraron la obra; la normativa que invocaron fue la Ley de Seguridad del Estado (LSE); y el libro se refería precisamente a la labor del sistema judicial. Esta conjugación de factores hizo que se produjera una reacción importante de la opinión pública. Con anterioridad, alrededor de dos docenas de casos habían sido llevados ante los tribunales por presuntas infracciones a la LSE, sin que se apreciara una reacción ni siquiera parecida. El propio Congreso, que sólo tres años antes de la censura del «Libro Negro» había invocado la LSE actuando como querellante en otro caso (el seguido contra Francisco Javier Cuadra), apareció luego de la censura del libro mencionado criticando fuertemente esta normativa. La reacción nacional e internacional (ya que el caso fue presentado ante la Comisión Interamericana, que acogió un pedido de medidas cautelares para levantar la prohibición del libro) condujo en definitiva a la derogación de las normas de la LSE que habían sido invocadas en éste y otros casos por los tribunales.

Por lo demás, el que instituciones o personas que promuevan una visión restrictiva de los derechos humanos recurran al sistema judicial no es una cuestión nueva ni depende necesariamente (aunque esto sí pueda ocurrir en ciertos casos) del uso que de él hagan aquéllos que aspiran a una expansión de los derechos. El sistema judicial en América Latina ha sido colocado en un papel más protagónico que en el pasado debido a diversos factores más estructurales, comenzando por las políticas económicas que limitan el rol del gobierno en la materia y dejan muchas disputas entregadas a la esfera judicial y siguiendo por las iniciativas internacionales e intergubernamentales de reforma judicial en la región.

Respecto de la segunda pregunta, acaso se trata de una manipulación ilegítima del sistema judicial el interponer acciones como mecanismo para impulsar transformaciones en la opinión pública y la legislación, ella resulta especialmente pertinente cuando se aprecian de antemano escasas posibilidades de éxito de la acción judicial. Un ejemplo paradigmático de este tipo de uso en Chile es el que llevara a cabo la Vicaría de la Solidaridad durante la dictadura. La Vicaría presentó miles de amparos en conocimiento de que existía una probabilidad altísima de que ellos fueran rechazados. Por este camino, sin embargo, fue capaz de ir permeando a la opinión pública acerca de lo sistemático, masivo y grave de las violaciones a los derechos humanos. Ello también le facilitó ir docu-

mentando adecuadamente los casos, de manera que cuando se inició la transición a la democracia, facilitó enormemente el trabajo de la Comisión de Verdad y Reconciliación y las entidades estatales que posteriormente han continuado las investigaciones en la materia. La experiencia de la Vicaría, sin embargo, no nos resulta suficiente para el esclarecimiento de la pregunta planteada, puesto que en modo alguno podría cuestionar la legitimidad de su proceder, en circunstancia que el Poder Judicial mismo se hallaba inserto en un régimen dictatorial y que los mecanismos para informar a la opinión pública se hallaban severamente limitados.

¿Cuál sería la respuesta, en cambio, en un contexto democrático? Primeramente, las características que presenta un determinado sistema judicial no puede ser vistas en blanco y negro, como si todos sus rasgos negativos desaparecieran por el hecho de no tratarse de un régimen político dictatorial. Aún en un sistema democrático, el sistema judicial puede poseer, y, de hecho, a menudo posee en América Latina, una insuficiente independencia de los otros poderes públicos o de actores privados con peso social significativo, así como otras insuficiencias, como el no asumir a cabalidad su rol como garante de los derechos establecidos en la Constitución.

Cuando se trata de llevar adelante acciones de interés público en beneficio de sectores que tienen una posición desmejorada en la sociedad o de levantar causas que poseen una invisibilidad social, me parece que el recurrir a los tribunales como una forma de elevar el perfil del problema, haciéndolo público, con miras fundamentalmente a obtener en definitiva una transformación de carácter legislativo, resulta plenamente legítimo.

Pero yendo más allá todavía, uno podría plantearse acaso el foro judicial no es un foro público más, susceptible, como tal, de servir como una vía de participación en una sociedad democrática. El obtener una decisión judicial adversa puede redundar en no pocas ocasiones en una transformación de la percepción que los actores políticos tienen acerca de la existencia de determinados problemas.

5.4.2. *¿Cuál es el papel del sistema judicial respecto de las políticas públicas?*

La ampliación de las acciones de interés público en sede judicial en varios países de América Latina en los últimos años ha llevado a plantearse el problema de si corresponde o no a los jueces intervenir y/o formular políticas públicas. Estas acciones han sido presentadas conforme a diversos argumentos jurídicos, tales como bajo la necesidad de asegurar

el principio de no discriminación³⁰; en el carácter progresivo que impone a los Estados el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en lo que se refiere a la implementación de estos derechos³¹; y en la ampliación del concepto tradicional de derecho a la vida (que se refería únicamente a la exigencia al Estado de evitar dar muerte arbitrariamente a las personas), de modo de incluir en él obligaciones positivas o de hacer por parte del Estado³².

En ocasiones se intenta presentar este problema como si se refiriera exclusivamente a derechos económicos, sociales y culturales (DESC), pero ello no necesariamente es así. Por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional español hace algunos años declaró, basado en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la inconstitucionalidad de todo el conjunto de normas procesales penales que autorizaban a un mismo juez a investigar y decidir un caso, se trataba claramente de derechos civiles y no de DESC³³. La cuestión fue provisoriamente solucionada de una manera expedita, ya que la sentencia del Tribunal Constitucional fue seguida de inmediato por una nueva distribución de funciones, conforme a la cual se estableció que los jueces cumplirían indistintamente los roles de investigadores y sentenciadores, pero nunca en un mismo proceso, evitándose así todas las complejidades técnicas y de recursos que hubiera supuesto seguir el primer camino sobre la marcha. Esto derivó más adelante en el establecimiento de un nuevo sistema de enjuiciamiento criminal, con todas las asignaciones de recursos del caso que representa una reforma de este tipo.

Otro caso emblemático en el Derecho Comparado más allá de América Latina y que tuvo relación con políticas públicas es el de Brown contra Board of Education. Como se sabe, este caso se refería a las políticas de segregación racial en el sur de Estados Unidos, esto es, a derechos de carácter civil. Lo que no es tan sabido es que no hubo un Brown único, sino que el Brown original («Brown I»), que declaró inconstitucional la segregación racial en 1954³⁴, fue seguido más tarde por un «Brown II»³⁵. Lo

³⁰ Véase, por ejemplo, al respecto, el libro reciente de Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta (2002).

³¹ Poder Judicial de la Nación [Argentina], Causa 31.777/96, «Viceconte, María Cecilia c/ Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social—» s/ Amparo Ley 16.986, 2 de junio de 1998 (copia del fallo en poder del autor).

³² Véase, Alejandra ZÚNIGA FAJURI, «El interés público del derecho a la vida», en: Felipe GONZÁLEZ (ed.), *Litigio y Políticas Públicas en Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales 14, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp. 95-138.

³³ Tribunal Constitucional de España, Sentencia n.º 145/1988, de 12 de julio de 1988.

³⁴ 347 US 483, 74 S. Ct. 686, 98 L.Ed. 873 (1954).

³⁵ 349 US 294, 75 S. Ct. 753, 99 L.Ed. 1083 (1955).

que sucedió en esta segunda decisión judicial fue que la Corte Suprema Federal de EE.UU. ordenó a los tribunales locales ante quienes se habían interpuesto originalmente las demandas que supervisaran la implementación de la decisión de «Brown I». Esta supervisión por parte de los tribunales tardó varios años, mostrando la complejidad de que órganos jurisdiccionales se vean envueltos en labores de planificación social.

Desde luego, en un Estado de derecho los tribunales tienen la función de controlar que las políticas públicas no infrinjan garantías constitucionales. Los casos mencionados en los párrafos anteriores lo demuestran claramente. Por más obvia que pueda parecer esta afirmación, no parece haberlo sido históricamente para los sistemas judiciales latinoamericanos, en que los jueces han asumido un papel pasivo al respecto, dejando pasar numerosas políticas públicas que pasaban a llevar derechos.

El problema pareciera complicarse cuando existe envuelta una asignación o uso de recursos. Pero no hay que perder de vista que la necesidad de reasignar recursos puede derivar tanto de una decisión judicial referida a DESC como de una relativa a derechos civiles. Cuestiones en que claramente se hallan envueltos estos últimos, como las condiciones carcelarias o el derecho a un debido proceso, involucran en muchos casos una (re)asignación de recursos.

Efectivamente puede ocurrir que en ciertos casos las dimensiones potenciales del caso escapen a las posibilidades de los jueces de prever todas las consecuencias de sus decisiones. Más bien, de lo que se trata en estas circunstancias es de que las decisiones judiciales impliquen una exigencia a las autoridades políticas para que encaren problemas postergados en la agenda pública, especialmente cuando ellos se refieren a grupos o sectores desventajados en la sociedad.

En general, en las acciones de interés público de lo que se trata es de representar a personas o grupos que se encuentran en una situación desmejorada, cuyo problema de otro modo muy probablemente no sería confrontado por las autoridades. Por lo mismo, la alternativa real no es sistema judicial versus órganos políticos, sino que a menudo no existe alternativa alguna. Por lo demás, como apuntara en el apartado anterior, con frecuencia el recurrir a la sede judicial será sólo la antesala que hará que las autoridades políticas le presten atención a tales demandas.

5.4.3. *El recurso al sistema internacional: ¿congruente o incongruente?*

Tanto las ONGs como las clínicas universitarias que llevan adelante acciones de interés público recurren con frecuencia al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos. En lo que se refiere al trabajo en el ámbito americano, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ha venido cobrando mayor relevancia en los últimos años, y la presentación de denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se ha diversificado significativamente, pasándose de una concentración casi completa de las denuncias en violaciones masivas y sistemáticas (lo que ocurría hasta avanzada la década de los ochenta) a un nuevo contexto en el cual a esas materias se agregan otras tales como problemas de discriminación, de libertades públicas, de cuestiones estructurales de los sistemas penales, etc.

En el pasado, en un contexto de violaciones masivas y sistemáticas bajo regímenes dictatoriales, con poderes judiciales carentes de imparcialidad y eficacia para confrontar dichas violaciones, el conflicto se daba derechamente entre los órganos internacionales y el Estado respectivo, y, por no tratarse de regímenes democráticos, mal podía plantearse siquiera como problema el hecho de que aquéllos que aspiraban a fortalecer la participación ciudadana recurrieran a dichas instancias internacionales. Tanto es así que, en esas circunstancias, la práctica usual de la Comisión Interamericana consistía en admitir a tramitación las denuncias sin hacer exigible la regla del previo agotamiento de los recursos internos (recursos que incluyen los de carácter judicial)³⁶.

Actualmente, en cambio, en la gran mayoría de las denuncias, la Comisión Interamericana exige dicho agotamiento. Esto implica que, también en la mayoría de los casos, la Comisión —y eventualmente también la Corte Interamericana, cuando el caso llega hasta dicha instancia, lo que es asimismo más frecuente que en el pasado— deberá revisar una decisión judicial adoptada previamente a nivel interno. Además, se trata de que ahora los órganos internacionales evalúan también, conforme a los parámetros internacionales de derechos humanos, los actos y decisiones de autoridades elegidas democráticamente.

Desde luego, quienes se encuentran familiarizados con el debate en los órganos políticos de la OEA en los últimos años, saben que este argumento fue formulado de manera espuria por Estados cuyo objetivo no era precisamente el de fortalecer sus sistemas democráticos³⁷. Pero aquí estamos planteándonos el problema bajo otra óptica, centrada en cómo puede ser considerado legítimo desde una perspectiva democrática y del interés público llevar a cabo tales denuncias internacionales. En otras palabras, ¿cómo pueden sustentarse estos cuestionamientos a las autoridades democráticas y a jueces que forman parte de un régimen con las mismas características?

³⁶ Para ello, la Comisión, así como los órganos equivalentes en Naciones Unidas, recurrían a las excepciones contempladas en los tratados.

³⁷ Me refiero a los Gobiernos de México y Perú, durante los regímenes priísta y fujimorista, respectivamente.

Existe una primera respuesta posible, que se basa en los compromisos adquiridos por los propios Estados a nivel internacional. Conforme a este argumento, los Estados han cedido parte de su soberanía a las instancias internacionales para pronunciarse sobre situaciones graves como las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, este argumento, con todo lo válido que pueda resultar en el contexto de otros interlocutores, no lo vamos a esgrimir *per se* aquí, ya que estamos tratando de indagar por un argumento todavía más general y previo.

Sin embargo, he subrayado la expresión «*per se*» no porque se trate de un latinazgo, sino porque el argumento que esgrimiré a continuación se encuentra conectado con los compromisos adquiridos a nivel internacional, pero no desde una perspectiva jurídica, sino desde la perspectiva de su fundamentación.

Porque, ¿cuál es la lógica subyacente al fortalecimiento de la comunidad internacional en materia de derechos humanos? Planteémonos esta pregunta no sólo en el contexto latinoamericano, sino, también, y para esclarecer más nuestra argumentación, en el contexto europeo. Es interesante considerar el caso europeo, ya que allí podría formularse con mayor consistencia la pregunta que nos ocupa en este momento.

En el contexto europeo, la independencia e imparcialidad de los tribunales es rara vez cuestionada y, como regla general, se considera que dichos órganos son capaces de confrontar adecuadamente las violaciones a los derechos humanos que se producen. No obstante ello, no sólo subsiste un Sistema de Derechos Humanos a nivel europeo, sino que éste ha sido recientemente judicializado en lo que a la tramitación de casos se refiere, al fusionarse la Comisión y la Corte Europea en una sola y nueva Corte, a la cual tienen acceso directo las víctimas de violaciones (esto es, las víctimas pueden presentar sus denuncias directamente ante el órgano judicial europeo, una innovación sin precedentes en el Derecho Internacional Público)³⁸. Es cierto que por las características antes anotadas de los tribunales internos, el Sistema Europeo funciona conforme a patrones en alguna medida diferentes a los vigentes en los demás Sistemas Internacionales de Protección. En este sentido, el Sistema Europeo es el único donde se utiliza la doctrina denominada de «el margen de apreciación», según la cual la Corte Europea (y antes, cuando existía, también la Comisión) le reconoce a los tribunales internos una posición especial y privilegiada para evaluar acaso se está o no ante la presencia

³⁸ La judicialización se da a propósito de la tramitación de casos pero no en cuanto a otras funciones, como las visitas *in loco* y los Informes, funciones que han sido expandidas en los últimos años con la creación de Comité Europeo contra la Tortura y el Comité Europeo contra el Racismo.

de una violación, aunque esto varía según el tipo de derecho de que se trate y de otras circunstancias. Esta doctrina ha sido criticada por juristas que operan en diversos sistemas internacionales, incluido el europeo, por considerar que representa una desfiguración y una autorrestricción injustificada del rol preeminente que deben desempeñar los órganos internacionales de derechos humanos³⁹. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha recogido en sus decisiones numerosos elementos de la jurisprudencia europea, no ha hecho lo mismo en ninguna ocasión con la doctrina del margen de apreciación. Tampoco han empleado esta doctrina los órganos de derechos humanos de la ONU. Para los efectos de este artículo no nos detendremos a revisar las críticas formuladas a la doctrina del margen de apreciación, sino que nos limitaremos a constatar que no es casualidad que esta doctrina haya surgido precisamente en Europa, y que tiene que ver con las características de sus sistemas democráticos y de sus sistemas judiciales. A ello se suma que en el Sistema Europeo la proporción de denuncias declaradas inadmisibles es notablemente superior a la existente en los demás sistemas internacionales⁴⁰. Nuevamente, esto tiene que ver con las características apuntadas que posee Europa en estas materias, ya que la causa de inadmisibilidad más frecuentemente aplicada en el Sistema Europeo es que la materia ya ha sido decidida sin vulneración a los derechos humanos a nivel interno.

Sin perjuicio de estas peculiaridades del Sistema Europeo, el hecho es que la existencia de sistemas democráticos sólidos en esa región no ha significado un debilitamiento de dicho Sistema. Es cierto, no obstante, que a nivel de la Unión Europea se constatan aprensiones respecto del

³⁹ Véase la intervención de Friedrich van Hoof, en: *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Seminario sobre el Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los Derechos Humanos, 2 al 4 de diciembre de 1996, Conclusiones de la CIDH y minutas de las exposiciones realizadas por los participantes, OEA/Ser/LV/II.95, Doc. 28, 11 de marzo 1997, pp. 69-70. En el mismo sentido, Waldo FORTÍN y Cecilia MEDINA, «El Sistema Europeo Para la Protección de los Derechos Humanos», en: Cecilia MEDINA (ed.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Manual de Enseñanza* (1990), pp. 77-78.

⁴⁰ En la actualidad, alrededor de un 90% de las denuncias en el Sistema Europeo son declaradas inadmisibles, en tanto que en el Sistema Interamericano, desde que se estableció la decisión de inadmisibilidad como regla general de la tramitación de las denuncias, la tasa ha oscilado entre un 16% y un 37%, siendo la del último año (2002) de un 25%. Datos extraídos de Juan Antonio CARRILLO SALCEDO, «El mecanismo de protección jurisdiccional de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿ha fracasado el Protocolo de enmienda número 11?»; en: *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 4 (octubre-diciembre 2002), pp. 587-602, especialmente p. 596 y del *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2002*, vol. 1, p. 63, respectivamente.

trabajo de una nueva burocracia (europea esta vez) por el peligro que ello pudiera suponer en términos de limitar la participación ciudadana.

De cualquier modo, para el estado actual latinoamericano en materia de derechos humanos, las disquisiciones precedentes tienen un carácter más teórico que práctico. La realidad latinoamericana al respecto dista mucho de asemejarse a la europea y no hay visos de que esta situación vaya a cambiar en el corto o mediano plazo. Precisamente, no pocas de las denuncias presentadas y, en general, del trabajo que lleva a cabo el Sistema Interamericano tiene relación con las insuficiencias de las modalidades de la participación ciudadana en la región⁴¹, así como con la falta de transparencia y del quehacer estatal y de los actores privados con protagonismo público y de los privilegios que dichas autoridades detentan en diversas esferas limitando el desarrollo del debate público (normas de desacato)⁴², con las insuficiencias en materia de acceso a la justicia⁴³, y de otros problemas estructurales que impiden una adecuada protección del interés público.

En su formulación original, el sistema internacional de derechos humanos está concebido para operar de manera supletoria a los sistemas jurídicos internos, es decir, para entrar a jugar y confrontar las violaciones a los derechos humanos sólo allí donde este último no lo haga. A este respecto, los mayores alcances que posee en la práctica —en términos de su intervención— el Sistema Interamericano cuando se lo compara con su similar europeo no obedece a una casualidad, sino que tiene precisamente que ver con la existencia de realidades distintas, realidad que en el caso de América Latina incluye la presencia de características estructurales que impiden o dificultan un adecuado ejercicio de los derechos ciudadanos y de las iniciativas ciudadanas por el interés público. De allí que resulte congruente con los principios y objetivos que guían las acciones de interés público el recurrir al Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, especialmente en el contexto de los países latinoamericanos.

⁴¹ Véase, por ejemplo, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe Anual 1989-1990*, Informe 1/90, elaborado a partir de los casos n.ºs 9.768, 9.780 y 9.828 (México), e *Informe Anual 1999*, Informe n.º 137/99, Caso Andrés Aylwin Azócar y Otros (Caso senadores designados) (Chile).

⁴² Véase el Informe de la Comisión Interamericana sobre leyes de desacato, en: *Informe Anual 1994*, pp. 209 y siguientes.

⁴³ Consúltense, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, Opinión Consultiva OC-11/90, del 10 de agosto de 1990.

6.

Balance, desafíos pendientes y proyecciones

Un trabajo clínico bien asumido puede familiarizar a los estudiantes con el papel central, en cuanto eje ordenador de la comprensión del sistema jurídico, que desempeñan los principios y normas constitucionales. En efecto, muchas de las acciones de interés público se ejecutan por medio de instrumentos constitucionales, procurando otorgarles un sentido y eficacia usualmente no alcanzados de manera satisfactoria en nuestros países. Asimismo, en lo que se refiere al aspecto sustantivo, en muchos casos se tratará de que las reclamaciones interpuestas ante los tribunales —aun cuando no sean llevadas a cabo mediante acciones constitucionales— hagan uso de las normas de esa jerarquía en combinación con las normas legales propiamente tales. Por esta vía se puede, en consecuencia, dar aplicación directa a las normas constitucionales y realizar un aporte a su eficacia dentro del sistema jurídico.

Además, una actividad clínica centrada en casos de interés público, esto es, casos que por su misma definición son de relevancia social y, casi invariablemente, de una complejidad alta desde el punto de vista jurídico (en la medida en que generalmente implicarán poner en tela de juicio la jurisprudencia predominante reuniendo argumentos para abrir paso a una nueva jurisprudencia), resultan especialmente apropiados para entrenar a los estudiantes en una serie de destrezas argumentativas y prácticas. Ya hemos visto que la enseñanza clínica en no pocos centros académicos de la región ha derivado casi exclusivamente en atención asistencial. Una evolución de ese tipo parece inconcebible en materias de interés público, puesto que haría imposible la prosecución de los casos. Desde luego, bien encauzada, la actividad de clínica jurídica regular podría reorientarse a fines más allá de lo asistencial, pero la ventaja in-

trínseca de la actividad clínica centrada en casos de interés público es que, por sus propias características, resulta más difícil que se desvirtúe. Más bien, en su caso nos hallamos ante una disyuntiva: que ellas funcionen eficientemente o que sencillamente no funcionen. Por ejemplo, si se extendiera a una clínica de interés público la práctica corriente de las clínicas jurídicas regulares de prestar escasa orientación a los estudiantes, ello haría inviable cualquier intento de llevar adelante acciones de interés público, por la complejidad de los casos. Eso sin considerar que la prosecución de casos de interés público requiere ir acompañada de una estrategia comunicacional para favorecer su eficacia, estrategia que sería virtualmente inexistente de quedar entregada sólo a los estudiantes. No se trata de pensar que las clínicas de interés público constituyan una especie de panacea o de medicina milagrosa: lo que sí es que constituyen una buena oportunidad para reforzar la formación de los estudiantes.

Ahora bien, sin duda que la implementación de clínicas de interés público sólo constituye una pieza dentro de un andamiaje con muchas partes, como es la enseñanza del Derecho. Piénsese que el número de estudiantes a los cuales alcanza esta experiencia, si bien puede ir aumentando paulatinamente, no será muy elevado en un comienzo. Además, existe una serie de otros cursos dentro del currículo que necesariamente serán muy diferentes, en cuanto a contenidos y metodología, a una clínica de interés público.

Sin embargo, un trabajo de esta naturaleza, bien llevado, puede servir de catalizador, de mecanismo que dinamice las transformaciones de los procesos de enseñanza-aprendizaje, que sirva de modelo para otras piezas del todo.

Pero el trabajo clínico en materias de interés público puede contribuir no sólo respecto a la formación de los futuros abogados, sino que puede, así mismo, sensibilizar a la comunidad jurídica en torno a estas iniciativas. De alguna manera, puede producirse una suerte de «efecto demostración» hacia la comunidad jurídica. Esto se ve facilitado por la inserción de las Clínicas en centros académicos donde también enseñan numerosos abogados de ejercicio⁴⁴. Pero, en rigor, se trata de una característica compartida por cualquier programa clínico jurídico universitario. El «plus» del trabajo clínico en materias de interés público en este sentido lo constituye su temática, puesto que a partir de ella surgirán desafíos de mucho mayor envergadura que los presentados a los abogados por clínicas en las que predomine un enfoque asistencial.

⁴⁴ En realidad, ésta es la regla general en los países latinoamericanos, ya que la gran mayoría del «staff» de profesores tiene el carácter de «part-time», dedicando el grueso de su tiempo al ejercicio de la profesión.

Los esfuerzos para convocar a la comunidad jurídica deben, desde luego, extenderse más allá del centro académico respectivo. A este respecto, ya se cuenta con algunas iniciativas en el marco de la Red. A lo que debiera tenderse es a fomentar que los abogados de ejercicio asuman causas de interés público, de manera que pueda desarrollarse con ellos una interacción como la que tiene lugar, *mutatis mutandi*, con las organizaciones no-gubernamentales⁴⁵.

⁴⁵ Véase en este sentido el documento «Abogados de ejercicio libre y acciones de interés público», elaborado en el marco del Programa sobre acciones de interés público, Santiago, 1997 (copia en poder del autor de este trabajo).

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 27

El presente trabajo describe y analiza las iniciativas que se vienen llevando a cabo desde mediados de la década pasada en materia de clínicas jurídicas de derechos humanos e interés público en América Latina. En varios países de dicha región (Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú) se ha creado este tipo de clínicas, que llevan a cabo litigio en casos paradigmáticos a nivel interno e internacional y que participan en procesos de reforma legislativa. El trabajo explora los antecedentes del movimiento clínico en América Latina y muestra la innovación que traen consigo para dicho movimiento las clínicas de derechos humanos e interés público, produciendo impacto tanto a través del fortalecimiento de la protección de tales derechos como de la renovación de las metodologías y contenidos de la enseñanza del Derecho. Se muestra además el enriquecimiento que implica para el trabajo académico el desarrollo de alianzas con la sociedad civil.

Felipe González Morales es Director de Programa Clínico en derechos humanos e interés público en la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile) y coordina una Red latinoamericana de centros académicos en esta materia, que litiga casos a nivel judicial interno y en los órganos internacionales de derechos humanos. Se desempeña también como Profesor de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Derecho Constitucional en la mencionada Universidad. Se desempeñó entre 1991 y 2003 como Representante del *International Human Rights Law Group* (hoy *Global Rights*) para América Latina, primeramente en Washington, D.C. y posteriormente en Santiago de Chile. El Profesor González jugó un papel central en el diseño y establecimiento de un sistema de status consultivo para las organizaciones de la sociedad civil ante la Organización de Estados Americanos y participó en la elaboración de varios instrumentos interamericanos sobre derechos humanos. Ha sido Profesor Visitante en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, en The American University, en la Universidad de Wisconsin y en la Universidad Carlos III de Madrid. Es autor de numerosos libros y artículos sobre derechos humanos, clínicas legales y otras materias relacionadas.



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

JUSTIZIA, LAN ETA GIZARTE
SEGURANTZA SAILA
DEPARTAMENTO DE JUSTICIA,
EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



**Universidad de
Deusto**

