

El derecho y las ciencias sociales: ni siquiera una relación incómoda

Paola Bergallo¹

El trabajo de Balkin & Levinson que antecede, aunque concebido en un contexto muy distinto al nuestro, ofrece un marco interesante para pensar los ajustes que en términos de interdisciplinariedad deberían encarar algunos de nuestros proyectos de enseñanza del derecho. Quisiera tomar la reflexión de los autores para llamarnos la atención sobre la necesidad de pensar cómo promover más argumentación jurídica contextualizada en investigación e información desde otras disciplinas. Esta invitación parte de la observación de que en muchas de las aulas en las que se enseña derecho en proyectos que se conciben en oposición a la educación “tradicional” casi no existe siquiera una relación incómoda con la producción de otras disciplinas. Pero si Balkin & Levinson abogan en el trabajo comentado por una intensificación de la relación entre el derecho y las humanidades, yo quiero proponer aquí que para nosotros es ahora más imperioso fortalecer la presencia de las ciencias sociales al interior de los debates jurídicos y, por eso, en las aulas en las que formamos a nuestros abogados y abogadas.

La contribución de Balkin & Levinson plantea la cuestión obvia, aunque no por eso demasiado extendida, de que pensar el derecho, su investigación, su práctica y su enseñanza demanda una toma de posición frente al problema de la normatividad del derecho y su relación con las humanidades y las ciencias sociales.² Además, Balkin & Levinson pueden ser leídos en diferentes registros presentando su visión sobre esas cuestiones y demandando el re-fortalecimiento de la debilitada conexión entre el derecho y las humanidades en los proyectos académicos y de enseñanza jurídica estadounidenses.³ En este comentario, sin embargo, quisiera acotar mi reflexión a revisar las implicancias del artículo desde la

1. Profesora de Derecho, Departamento de Humanidades, Universidad de San Andrés.

2. Es importante aclarar aquí que en el uso convencional estadounidense de estas dos grandes áreas disciplinares, las humanidades incluyen saberes como la filosofía, la literatura, la filología, la semiótica, la historia o los estudios culturales, y las ciencias sociales abarcan la economía, la ciencia política, o la sociología. Esta distinción se construye en parte, sobre la base del uso institucional desarrollado al interior de las unidades académicas de las universidades estadounidenses y otros ámbitos como las academias nacionales de ese país. Se construye también en el contexto de luchas epistemológicas al interior de cada disciplina entre visiones positivistas e interpretativistas, entre una de las formas posibles de clasificar las posiciones epistemológicas. Además, al interior de cada disciplina mencionada y de otras las divergencias metodológicas pueden proponer reclasificaciones que crucen las dos categorías iniciales y sugerir acomodamientos múltiples como la que se disputa en la distinción entre la antropología cultural y la antropología científica que permitiría ubicar a la antropología en cualquiera de estos dos grupos y también más allá de ellos en otras categorías científicas. Algo parecido sucede con distinciones como la historia interpretativa y la historia empirista, entre otros. Los grandes debates epistemológicos complican clasificaciones como estas, pero la cuestión escapa a este comentario y en él utilizaré la distinción para referirme a las disciplinas según la departamentalización estándar de cualquier universidad moderna –al menos en el contexto estadounidense en el que escriben los autores.

3. Recordemos que el artículo fue escrito a pedido del National Endowment for the Humanities para contribuir a una reflexión del lugar de las humanidades en el Derecho.

perspectiva de quien está preocupada por el quehacer cotidiano de las aulas en nuestras escuelas de derecho. Para ello, quisiera usar el trabajo como excusa para pensar, por un lado, un estilo de materiales de estudio que creo deberían estar más presentes en las clases de enseñanza del derecho. Por otro, quisiera también insistir en cierto tipo de habilidades que deberían ser transmitidas mejor de lo que lo son hoy –cuando se transmiten– en las mallas curriculares de las carreras de abogacía. Mi idea es que si confrontáramos y tomáramos partido ante las cuestiones que aparecen imbricadas en la presentación de Balkin & Levinson, necesitaríamos imprimir algunos cambios claros en el enfoque, los materiales y las discusiones de al menos algunas de nuestras clases de derecho y deberíamos introducir entrenamientos en habilidades que hoy están prácticamente ausentes en toda la formación de los abogados y en las discusiones abiertas sobre la reforma curricular de la enseñanza del derecho localmente.

En las páginas que siguen, entonces, luego de un breve repaso de las ideas de los autores propongo explorar las consecuencias que seguirían a la hora de diseñar dos tipos de clases de derecho posibles y un listado de las habilidades que deberíamos inculcar en nuestras estudiantes. Mi invitación es a hacer ese ejercicio con un tema que, a pesar de su relevancia histórica, sólo hace poco parece haber ingresado a las agendas temáticas de las aulas de derecho: el derecho a la salud.

Veamos pues por qué sería positivo que al menos algunas de nuestras clases tendieran a parecerse mucho más de lo que hoy lo hacen al segundo tipo de clase de derecho que propongo y qué otras habilidades deberían ser parte de la caja de herramientas de un abogado educado en nuestro siglo.

La reconstrucción tradicional: Formalismo – Realismo – Procedimentalismo – Neo realismos⁴

Es usual describir la historia de la reflexión y la enseñanza moderna del derecho estadounidense desde la creación de la Escuela de Derecho de Harvard como signada por una serie de discusiones irresueltas que implican diversas visiones del derecho, de su relevancia, su autonomía, o su normatividad –según los distintos motes que suele dársele al problema–, que se sigue intentando contemporizar a la hora de discutir los diseños o las reformas de las escuelas de derecho en nuestro siglo. Estas discusiones inconclusas, con otros formatos y enmarcadas en otra tradición histórica son, sin embargo, también similares a las que marcan un punto de referencia para muchos de nuestros debates vernáculos.

Cualquier proyecto de enseñanza jurídica que se precie, en los Estados Unidos, y en nuestra región, se construye aunando visiones diversas y contrapuestas sobre (a) qué es lo que constituye el corazón disciplinar del derecho, (b) la pregunta respecto de si el derecho es una disciplina genuinamente independiente con sus propios métodos y estándares

4. Como resulta evidente el trabajo de Balkin & Levinson es un trabajo centrado en la evolución de la teorización sobre el derecho en los Estados Unidos. Si bien los autores hacen algunas alusiones a la trayectoria de esa reflexión en otros espacios, es importante no perder de vista el etnocentrismo de la discusión a la que pretenden contribuir con su artículo. No es mi reclamo aquí que esta sea “la” historia de la teorización sobre el derecho.

de argumentación y prueba o, (c) si por el contrario, se trata sólo de un “tema” abordable desde otras disciplinas como la economía, la filosofía, la ciencia política, entre otras. También la dicotomía entre (d) el carácter científico del derecho o su calificación como actividad artesanal son parte del trasfondo del pensamiento sobre la enseñanza del derecho en el norte y, creo yo, hoy también caracterizan la discusión entre algunos actores de nuestra región.

Y las respuestas a estos interrogantes emergen de una concepción sobre el derecho que, a los ojos de sus detractores, debe moldear el diseño de la Facultad de Derecho ideal y definir entonces, quiénes están mejor calificadas para enseñar, qué debe enseñarse, cómo y para qué, es decir, para educar qué modelo de profesionales que logren moverse mejor en las aguas disciplinares del derecho acorde a esa primera definición.

Como lo presentan Balkin & Levinson, en un sentido la historia del pensamiento estadounidense sobre el derecho puede ser reconstruida como una oscilación pendular -para otros mejor caracterizada como un desarrollo espiralado-, entre concepciones del derecho que alternan entre la propuesta formalista y el legado realista. Esa oscilación pendular suele comenzar con la referencia obligada a Christopher Columbus Langdell y su pretensión de cientificidad, autonomía y sistematicidad geométrica para el derecho reinante desde la década de 1870 hasta los primeros años del siglo XX. Inmediatamente después suele aparecer la contrapropuesta encarnada en la reacción realista⁵ y ubicada temporalmente en la década del veinte del siglo pasado. Reacción ésta que en contraste con la aspiración langdelliana es capturada, según Balkin & Levinson, por las siguientes premisas: (a) los actores jurídicos toman decisiones jurídicas impregnadas de sus creencias y actitudes ideológicas, (b) la argumentación jurídica es asimilable a la argumentación política, (c) los jueces recurren a diversos planos normativos para justificar sus decisiones, y (d) los operadores jurídicos deberían adecuar el derecho a los hechos del mundo real, las perspectivas de otras disciplinas, y a los cambios sociales en general.⁶

Y luego del apogeo y la derrota del Realismo hacia la década del treinta el péndulo vuelve a oscilar. La contraofensiva frente al escepticismo exacerbado que algunos leyeron en el Realismo toma fuerza en los años cuarenta y los cincuenta con la escuela procedimentalista que representa, en un sentido, una nueva pulsión hacia el proyecto autonomista pero abandonando su pretensión científicista y justificando la autonomía del derecho en el rol de los procedimientos para asignar competencias institucionales que definan quién es el mejor situado para encontrar la respuesta correcta a un planteo jurídico. Según esta reconstrucción, en la década del setenta una nueva oscilación pendular recupera las críticas realistas y da lugar a lo que algunos llaman escuelas neorrealistas. En esa

5. Quienes leen con más detalle la historia del pensamiento jurídico estadounidense suelen incluir temporalmente entre el formalismo langdelliano y el Realismo, la escuela de la Jurisprudencia Sociológica (sociological jurisprudence), en la que rastrean divergencias importantes con su continuadora realista. Véase, por ejemplo, Duxbury, Neil, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press, 1995; Grey, Thomas G., “Modern American Legal Thought,” *The Yale Law Journal*, Vol. 106, No. 2 (Nov., 1996), pp. 493-517. Mi lectura de fuentes secundarias de esta reconstrucción simpatiza más con quienes distinguen a la escuela de la jurisprudencia sociológica del Realismo. Sin embargo, la extensión de este comentario no amerita entrar en el detalle de esta importante distinción que dejo para otra ocasión.

6. Balkin, J. & Levinson, S., *Law and the Humanities: An Uneasy Relationship*, *Yale Law Journal*, 2006:155.

década, los neorealismos retornan a escena lentamente de la mano de visiones con diversas perspectivas interdisciplinarias como el análisis económico del derecho, las escuelas críticas y el resurgimiento de los estudios de derecho y sociedad, para dar nuevamente impulso a las reacciones “neoformalistas” y así sucesivamente.

Esta oscilación recurrente es capturada a veces con la contraposición de citas clásicas de Langdell, Holmes, y algunos agregarían a Hand por su visión del rol de las humanidades (la filosofía, la historia, la literatura) en este juego. Además, esta oscilación permanente toma forma hoy en una serie de concepciones del derecho que cualquier facultad de derecho estadounidense contemporánea trata de armonizar para traducir a su malla curricular, la definición de los contenidos de las materias, su selección del perfil docente y su determinación de las destrezas y competencias que deben promover las metodologías a utilizar.

Otra reconstrucción posible: los movimientos dentro de la matriz

Pero Balkin & Levinson proponen otra forma de describir esta oscilación histórica entre visiones contrapuestas del derecho que determinan modelos de enseñanza. Los autores sugieren la reconstrucción de la historia del pensamiento sobre el derecho y los modelos de enseñanza emergentes de tales teorizaciones como un recorrido de oscilación entre los casilleros de una matriz de 2 filas y 2 columnas. Balkin & Levinson consideran que las concepciones del derecho pueden distinguirse, por un lado, según se las mire desde un punto de vista interno o externo, siguiendo la propuesta hartiana. Por otra parte, las concepciones del derecho también se pueden distinguir entre aquellas que proponen el abordaje metodológico del derecho y su estudio desde los materiales generados internamente por el derecho (es decir, las sentencias, las normas jurídicas, las reglamentaciones, etc.) de un lado, y aquellas que apelan a la necesidad de utilizar metodologías y materiales externos al derecho (los aportes de las ciencias sociales o las humanidades y sus métodos), de otra parte. En el siguiente cuadro los autores definen las combinaciones posibles entre los dos grupos de categorías.

	Promueve el uso de materiales y habilidades internas a la práctica del derecho para estudiar y resolver “cuestiones jurídicas”	Promueve el uso de materiales y habilidades externas a la práctica tradicional del derecho para estudiar y decidir “cuestiones jurídicas”
Visión internalista	1	2
Visión externalista	4	3

Según Balkin & Levinson, la tradición jurídica académica estadounidense se ha desplazado por los casilleros 1 (la propuesta langdelliana), 2 (los Realistas y neorealistas) con mucha comodidad, y recientemente ha realizado importantes incursiones en modelos de enseñanza en los que prepondera el casillero 3 (los estudios de otras disciplinas sobre

el derecho), y en menos oportunidades ha insistido en la importancia del casillero 4, los estudios externos de los materiales jurídicos.

Pienso que el cuadro anterior es útil para reflexionar, en un nivel muy genérico por cierto, sobre los desafíos que enfrentamos en nuestros esfuerzos por transformar la enseñanza del derecho local para lograr que se consoliden nuevas visiones del casillero 1 y avances al interior del 2. Estas reflexiones deberían además concentrarse en las implicancias concretas para el aula de derecho que surgen de los movimientos entre casillas.

En un sentido, creo que es posible afirmar que hemos identificado y logrado acuerdos moderadamente extendidos respecto de que el proyecto formalista, con las particularidades con las que se desarrolló en nuestra tradición por años, no fue el ideal. Es evidente que las versiones más ridículas de nuestro formalismo tienen grandes diferencias con el modelo langdelliano. El positivismo ideológico característico de algunos de los formalismos locales no es exactamente lo mismo que el proyecto cientificista de Langdell. Sin embargo, es extendido hoy el acuerdo respecto de la imposibilidad e inutilidad de ambos formalismos a los que según el lugar en que nos ubicamos observamos como ofreciendo superfluas, ingenuas o malintencionadas reconstrucciones del derecho. En cambio, aparece como imperioso reformular un proyecto formalista serio en el que quienes creen en la autonomía del derecho ofrezcan un esfuerzo comprometido con el desarrollo de una dogmática sofisticada del estilo de la mejor dogmática continental o sajona.

Ahora bien, el esfuerzo pendiente, a mi entender, es el que requiere ciertos movimientos de las propuestas de reforma de la enseñanza y, entre otros, del entrenamiento de los docentes, al interior del casillero 2. Este casillero refleja el reconocimiento compartido de la importancia de promover los abordajes interdisciplinarios del derecho para enfrentar las discusiones desde el punto de vista interno definido por Hart. Y la casilla 2 se diferencia del recuadro 3 en el que se ubicarían quienes proponen más radicalmente abandonar el proyecto del punto de vista interno y la defensa de un espacio disciplinar autónomo para el derecho. Los movimientos que considero necesarios deberían darse en el casillero 2 y deberían hacerlo en plano de la interdisciplina al servicio del punto de vista interno desde las humanidades, y especialmente, la filosofía moral, hacia las ciencias sociales y, en particular, hacia el conocimiento empírico en general cualquiera sea el ámbito disciplinar desde el que se ofrezca su producción. Quiero aclarar, sin embargo, que no creo que debamos abandonar las humanidades y mucho menos la contribución filosófica. Simplemente pienso que es hora de completarla con otras formas de conocimiento que deben contextualizar la reflexión filosófica útil al debate jurídico desde el punto de vista internalista.

Entonces, para recapitular, una síntesis de mi idea sobre las discusiones de reforma de la enseñanza jurídica que deberíamos encarar en la clave de las categorías ofrecidas por Balkin & Levinson: En primer lugar, sería importante continuar la consolidación del desarrollo de un formalismo o una dogmática compleja. Eso para quienes creen que ese es el lugar que requiere una concepción fuerte sobre la normatividad y la autonomía del derecho. En segundo término, parece también importante fortalecer la introducción de la mirada interdisciplinar en nuestros abordajes de cuestiones jurídicas desde el punto de vista interno según la propuesta del casillero 2. Finalmente, habría que revisar la situación actual de la

incorporación que hacemos del trabajo interdisciplinario que ofrece una mirada externa del derecho, es decir, de aquel que Balkin & Levinson ubican en el casillero 3, para ver si lo esa incorporación se da en proporciones adecuadas. Pero además, es mi reclamo que estas incorporaciones de la interdisciplina deberían ser conscientes de la importancia de comprender con niveles razonables de profundidad los métodos de investigación desplegados por las ciencias sociales. Y esto porque para ser usuarios educados de la producción interdisciplinaria es necesario un conocimiento no superficial de las alternativas epistemológicas y los métodos del conocimiento científico de las ciencias sociales.

Una invitación al giro empírico

Pienso entonces que el desafío reside fundamentalmente en encontrar cómo combinar dosis de estos casilleros en la definición de la misión de nuestros proyectos educativos, los planes de estudio, los entrenamientos docentes y las pedagogías a emplear. Mi impresión es que el consenso sobre la importancia de un trabajo serio en el casillero 1 es poco discutido. Son muchas y diversas las voces que se alzan en pos de una dogmática seria, más sofisticada y mejor articulada,⁷ y varios los trabajos emprendidos en esa línea. El desafío para quienes conciben al primer casillero como el único relevante o el central, es producir más y mejor trabajo dogmático. La demanda de cambios es más importante, desde mi punto de vista, respecto de los saltos entre el casillero 1 y 2, y más específicamente, respecto de los movimientos al interior del casillero 2. Finalmente, la movida hacia el casillero 3 pareciera requerir una ampliación del conocimiento y la difusión del trabajo empírico sobre el derecho que a veces llega poco al aula de la enseñanza legal pero que se produce, al menos en más cantidad de la conocida, desde todas las disciplinas del saber.⁸

Empero, falta aún un esfuerzo considerable para avanzar al interior de la casilla 2 más allá de la incorporación hoy menos resistida de la contribución filosófica y algo de la de la historia y de la economía. Como he dicho, ese avance requerirá introducir en nuestros debates desde el punto de vista interno los abordajes metodológicos de las ciencias sociales y creo, en menor medida, de otras de las humanidades.

Tenemos pendiente una reflexión más profunda sobre el lugar que la interdisciplina debe tener en las mallas y su impacto en los métodos y en las carreras y agendas de investigación docente. Y, fundamentalmente, es importante discutir y trabajar sobre las implicancias de esa interdisciplinaria una vez que aceptamos, como lo proponen Balkin & Levinson para el casillero 2, cierta normatividad para el derecho que no puede operar

7. Curtis, C. & Bobino, A., "Por una dogmática conscientemente política," en Christian Curtis (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 2001, pp. 183-222; Curtis, C.(comp.), *Observar la Ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006. Para un reclamo por una dogmática "seria" en el contexto de una discusión chilena planteada en torno al concepto de vulgarización, véanse los artículos publicados bajo el acápite "¿Vulgarización o Constitucionalización del Derecho?", en *Revista Derecho y Humanidades*, Nro. 11, 2005, pp. 151-176.

8. Sólo para ejemplificar con un tipo de producción local que no suele estar presentes en las clases de derecho pueden verse los trabajos de Rafael Di Tella y Ernesto Shargroski en el Laboratorio de Investigaciones sobre Crimen, Instituciones y Política, disponibles en http://www.utdt.edu/ver_contenido.php?id_contenido=946&id_item_menu=1982.

sin una visión interdisciplinaria que proveerá los instrumentos extrajurídicos para encarar las discusiones legales en las que nos involucramos cotidianamente desde el punto de vista interno. Pero además, a diferencia de Balkin & Levinson que en el trabajo traducido postulan un retorno a las humanidades, insisto aquí en el llamado a que dentro de ese casillero revaloricemos las demandas de Holmes por reconocer la importancia de las contribuciones que las ciencias sociales tienen para hacer a nuestras argumentaciones jurídicas.

En su paper, Balkin & Levinson plantean la histórica distinción entre los jueces Holmes y Hand como dos visiones contrapuestas. Para uno, los secretos para entender y pensar el derecho del futuro estarían en las ciencias sociales, para el otro, habían sido y serían las humanidades las que proveerían las herramientas interdisciplinarias que cualquier abogado o académico del derecho iba a necesitar para vivir en él.

Mi impresión es que en nuestros planes de enseñanza jurídica hace años que algo de los dichos de Hand describen la interdisciplina presente en nuestras aulas, y hoy no es extraño ver a las abogadas, juezas, juristas, y por tanto, a nuestras instituciones académicas dedicadas a la transmisión de conocimientos de la filosofía, la lógica, y la ética, además de la recurrente referencia a la historia y algo de la economía, como herramientas centrales en la argumentación jurídica cotidiana. De hecho, muchos de los proyectos de enseñanza jurídica en Buenos Aires exigen a sus alumnas el estudio de materias como teorías de la justicia, ética o filosofía moral, historia o economía. Y en algunos casos, estas materias son más de una. Varios profesores de derecho han estudiado en profundidad filosofía moral o lógica y participan de la vida de las comunidades jurídicas y filosóficas con naturalidad.⁹ Algunos manejan conocimientos de historia¹⁰ y otros comienzan a adquirir algo de formación económica.

Queda pendiente, no obstante, para algunos de nosotros responder a la invitación de Holmes con más fuerza de lo que se lo ha hecho hasta ahora. Alguien podría alegar que algo del reclamo de Holmes ha sido satisfecho por el ingreso de la mirada de la economía a través de la difusión del Análisis Económico del Derecho (AED) en nuestro medio. Es cierto, algo de la interdisciplina que construye sobre la economía ha logrado cierta presencia en nuestras aulas, aunque no la abrumadora relevancia que tiene en la enseñanza de ciertas áreas del derecho en las facultades estadounidense. Sin embargo, mi idea es que ese movimiento fuerte dentro del casillero 2 de la interdisciplina entendida como la incorporación de la filosofía analítica y su estudio de la ética, en particular, debe avanzar –sin abandonar la filosofía– hacia la incorporación de las ciencias sociales. Y, de nuevo, ese movimiento debe dirigirse fundamentalmente a introducir el conocimiento empírico para alimentar la reflexión jurídica desde el punto de vista interno.

En ese sentido, es importante tener presente que mucho de la reciente incorporación del AED en nuestra argumentación jurídica y la enseñanza del derecho ha avanzado en el

9. Ejemplo, SADAF.

10. Podríamos, sin embargo, completar páginas con las críticas que los historiadores formados en las metodologías de la historia formulan sobre el trabajo histórico producido por abogados sin formación o manipulado en la práctica de argumentación jurídica.

trasplante del AED teórico¹¹ y muy poco trabajo de economía positiva, eminentemente empírico, es aplicado todavía a las discusiones jurídicas. Entonces, incluso en la incorporación de la economía para la producción de AED el giro empírico es una deuda en nuestra reflexión

Pensar en términos del aula y las clases de derecho

Quiero ejemplificar aquí mi invitación a pensar cómo traer la interdisciplina y, en particular, el conocimiento teórico enmarcado en información empírica, a las aulas en las que enseñamos derecho para pisar más fuerte de lo que lo hacemos hoy en el casillero 2. Pensemos en un caso muy concreto de lo que imagino como los materiales¹² para una clase de derecho que avanza al interior del casillero 2 de la matriz propuesta por Balkin & Levinson.

Imaginemos por un momento una clase de derecho constitucional sobre derecho a la salud. Se trata de una clase donde se podría discutir uno de los tantos aspectos relevantes del derecho a la salud: la extensión de la cobertura de un tratamiento muy costoso no incluido en el Plan Médico Obligatorio (en adelante, el “PMO”) para un afiliado al sistema del seguro de salud a cargo de las obras sociales y cuya enfermedad ha puesto en peligro su vida.

Repasemos los diferentes materiales de trabajo y lectura que alguien podría proponer para esta clase. Alguien confiado en la autonomía del derecho, en la centralidad de los materiales internos generados en el derecho, un serio formalista, entonces, sin duda, debería trabajar con la Constitución, los tratados de derechos humanos, las leyes (la que establece el PMO, la que regula las obras sociales el sistema de salud, por ejemplo), algunas regulaciones sanitarias (como las que reglamentan el contenido del PMO), una o más decisiones judiciales de distinta jerarquía y perspectiva, comentarios de doctrina: citas de algunos artículos, idealmente locales ya que hay algo en la dinámica del derecho local que sólo puede ser capturado desde nuestro sistema jurídico -dirían algunos.¹³ Por supuesto que el diseño pedagógico de la clase nos devolverá una selección de materiales adecuada al mismo. Sin embargo, asumo que cualquier trabajo en la clase de una convencida profesora formalista debería requerir alguno de los materiales mencionados hasta aquí.

Una profesora que creyera que además de los recursos jurídicos domésticos es necesario dar un espacio relevante para discutir el tema desde la producción en foros internacionales de protección de derechos humanos sobre derecho a la salud podría agregar comentarios

11. Para la distinción entre AED teórico y AED positivo véase Posner, Richard, “El movimiento del análisis económico del derecho,” en Roemer, Andrés (comp.), *Derecho y Economía: Una revisión de la literatura*, ITAM – Fondo de Cultura Económica, México, 2002, pp. 221-241.

12. Me concentraré en el ejemplo de uso de materiales y asumiré, simplificando para los efectos de esta ilustración, que el tipo de materiales de trabajo en clase es determinante del tipo de visión sobre el derecho. Aunque es obviamente posible, utilizar un tipo de lecturas y transmitir una visión muy diferente a ellas en la clase.

13. Este es obviamente un requisito innecesario para mi ejemplo, pero permítaseme reproducir algo que muchos actores consideran en nuestro medio: que cualquier alusión al derecho extranjero es problemática para pensar el nuestro porque el derecho es un fenómeno autóctono que solo puede ser interpretado o puede ser interpretado mejor, en versiones más moderadas de este reclamo, desde adentro.

de organismos de derechos humanos de Naciones Unidas sobre el tema, como la Observación General Nro. 14 sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud,” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También podría incluir algunos de los informes relevantes producidos por el Relator de la Salud,¹⁴ y quizás algunas decisiones de sistemas regionales de protección de derechos humanos como el sistema interamericano o el europeo. Los comentarios, recomendaciones y decisiones de tribunales internacionales podrían ser acompañados con comentarios de doctrina producidos local o internacionalmente.

Ahora bien, hasta aquí todas esas lecturas provendrían de los materiales producidos internamente por el sistema jurídico nacional o internacional y de observadores internos basados en los mismos, en la medida en que se tratara de elaboraciones doctrinarias formalistas producidas como comentarios y discusiones del derecho a la salud sin recurrir a otras disciplinas para el análisis y observación de esta cuestión jurídica.

Un profesor que ya hubiera avanzado hacia el casillero 2 reconociendo la importancia de la reflexión filosófica podría ofrecer completar esa clase con bibliografía de la que desde distintos aspectos de la reflexión filosófica sobre la justicia, el derecho o la democracia podría ayudar a resolver en última instancia un debate sobre derechos sociales. Debate que, según este profesor, requeriría los argumentos que podría proveer alguna teoría de justicia distributiva para explicar la asignación más justa de recursos escasos frente al derecho a la salud o alguna visión conceptual sobre el rol político del poder judicial en tal determinación a la hora de interpretar las normas que limitan la cobertura en salud.

Para este profesor imaginario, la clase de derecho a la salud en la que ha propuesto discutir la existencia o inexistencia de una violación del derecho a la salud producida por la exclusión de la cobertura de un tratamiento de alto costo, podría enriquecerse con los aportes de la filosofía moral a la discusión sobre la asignación de recursos en temas de derechos sociales y más específicamente de derecho a la salud. Así, obras como las de Fabre, Sunstein, o Nino,¹⁵ por un lado, y Norman Daniels, Ronald Dworkin, o Graciela Viliela,¹⁶ por otra parte, podrían contribuir a dar la sustancia moral que algunos creemos deben tener estas discusiones.

Pero ese primer salto del casillero 1 al casillero 2 que en muchos casos ya se ha verificado, debería ser profundizado llevando a las aulas en las que se transmiten

14. Por ejemplo, cualquiera de los informes del Relator Especial de Naciones Unidas para la Salud disponibles en http://www2.essex.ac.uk/human_rights_centre/rth/reports.shtm.

15. Ejemplos de lecturas de estos tres autores podrían incluir, Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, “Los derechos sociales,” pp. ____; Sunstein, Cass & Holmes, Stephen, *The cost of rights*, New York, W.W. Norton, 1999; Fabre, Cecil, *Constitutionalizing social rights*, *Journal of Political Philosophy*, Volume 6, Issue 3, pp. 263-284, 2002.

16. Ejemplos de lecturas de estos autores podrían incluir: Daniels, Norman, *Just Health: Meeting health needs fairly*, New York: Cambridge University Press, 2008; Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2000; o Vidiella, Graciela, *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

conocimientos sobre el derecho a la salud materiales como los que proporcionan datos y explican el funcionamiento en los hechos del sistema de salud argentino,¹⁷ su política y estructura de financiamiento, así como aquellos estudios que abordan los diseños de los mecanismos y cálculos presupuestarios que determinan el PMO, el problema de la participación de la sociedad civil en el proceso de gestión de la salud o la cuestión de la judicialización de la salud.¹⁸ Estos serían sólo algunos ejemplos de la información e investigación empírica realizada desde marcos teóricos diversos que debería tomar en cuenta la pedagogía del derecho a la salud para instar a una reflexión sobre el problema en algunas de sus múltiples facetas, todas relevantes para la argumentación jurídica y la evaluación de la eventual situación de violación del derecho a la salud a través de la exclusión de una cobertura.

Las decisiones que sustentan el ingreso de un determinado tratamiento de alta complejidad al PMO o la obligación de extender una cobertura en un caso concreto a una enfermedad “cara” como consecuencia de las obligaciones emergentes de un derecho a la salud, son decisiones que asignan recursos, en general siempre disponibles en condiciones de escasez más o menos moderada y dentro de un sistema que tiene, o debería tener, reglas para procesar democráticamente los límites al gasto en salud compatibles con el reconocimiento del derecho a la salud. Por ello, tanto el conocimiento de los procesos de toma de decisión que llevan a una asignación de recursos específica, las condiciones de funcionamiento de tales procesos, y la información y los criterios que enmarcan la toma de decisiones deben ser conocidos para comprender acabadamente los mecanismos de operación de un derecho como el derecho a la salud en un caso concreto y las obligaciones generadas por ese derecho a los diversos sujetos obligados: una obra social, el sistema de seguridad social, el propio estado. También sería necesario evaluar en el contexto de información empírica el hecho de que esos mecanismos administrativos, cuando existen, son a veces saltados por quienes tienen acceso efectivo a la justicia, y sería necesario comprender cuánto del fenómeno de judicialización es la regla, la excepción o simplemente la consecuencia de la ausencia de estado en ciertos aspectos de la gestión de la salud y de políticas de asignación o limitación presupuestaria, en particular.

En particular, respecto de la adecuación de la intervención judicial en la gestión de las reglas de cobertura de salud, podríamos también analizarla en el contexto de la producción empírica desde las ramas que hoy en la ciencia política positiva estudian

17. Sólo a título ilustrativo, una podría utilizar lecturas que describen la estructura del sistema de salud como Cetrangolo, Oscar & Devoto, Florencia, Organización de la Salud en Argentina, Washington, D.C: Pan American Health Organization, 2002; o Acuña, Carlos & Chudnovsky, Mariana, El sistema de salud en Argentina, Buenos Aires: Centro de Estudios para el Desarrollo Institucional : Fundación Gobierno y Sociedad, 2002.

18. Tengo en mente lecturas del tipo de las producidas en algunos trabajos empíricos recientes sobre litigio de derecho a la salud pero también información empírica de contexto. En la Argentina no conozco estudios específicos sobre la temática. Los siguientes trabajos sobre Colombia y Brasil podrían servir de ilustración: Defensoría del Pueblo de Colombia, *La Tutela y el Derecho a la Salud 1999-2003*, Bogotá, 2004, disponible en http://www.defensoria.org.co/red/?_item=090501&_secc=09&ts=2&hs=0905; o Hoffmann, Florian & Bentes, Fernando R. N. M., “Accountability for Social and Economic Rights in Brazil,” en Daniel M. Brinks & Varun Gauri (eds.), *Courting Social Justice*, Cambridge University Press, 2008.

el comportamiento judicial testeando empíricamente hipótesis actitudinales o estratégicas sobre la conducta de los jueces.¹⁹

Si se reconoce la relevancia de estos presupuestos para una discusión de los deberes de cobertura emergentes del derecho a la salud, no resultaría difícil aceptar que tanto la reflexión como la enseñanza de un tema como este requerirá de mucha información empírica de contexto así como de las contribuciones teóricas de disciplinas como la filosofía y la economía para inspirar en el estudiante de derecho una capacidad de argumentación más compleja sobre el funcionamiento del derecho a la salud y sus consecuencias en casos concretos. Esta argumentación debería resultar de un balance entre las consideraciones legales y normativas y la investigación empírica y teórica interdisciplinaria sobre los diversos problemas planteados a la hora de discutir la exigibilidad judicial de un derecho social y la capacidad de los tribunales para marcar los límites del deber de satisfacer el derecho a la salud cubriendo el tratamiento de una enfermedad de alta complejidad.

Mi impresión²⁰ es que poco de nuestra reflexión legal consiente y muy pocas clases de derecho constitucional o derechos humanos, aún en los proyectos más reformistas, encaran temas como el derecho a la salud con la riqueza de materiales y enfoques interdisciplinarios que sugerí hasta aquí. Si estuviéramos de acuerdo en que esta movida dentro del casillero 2 es necesaria, deberíamos comprometernos seriamente en la búsqueda (y la generación, si fuera posible) de materiales que permitan llevar a las discusiones de derecho más información interdisciplinaria para la comprensión de aquello que el derecho como disciplina autónoma no puede resolver.

Pero además, y quizás esta sea la cuestión más demorada, es necesario que tengamos presente que para desarrollar el tipo de argumentación jurídica que propongo, es necesario que entre las habilidades que adquieren nuestros estudiantes antes de llegar a esa clase o durante ella, acentuemos la formación en el consumo inteligente de investigación de otras disciplinas. Para eso, además del conocimiento de los grandes temas y las grandes investigaciones y teorías de otras disciplinas que se adquiere en las materias de conocimiento de las que incluye cualquier carrera de derecho, deberíamos introducir cursos especialmente dedicados a conocer los diversos métodos de producción de investigación empírica o fortalecer en los cursos interdisciplinarios la atención sobre las metodologías de investigación desplegadas en esas disciplinas. Esa mirada atenta sobre la problemática metodológica en las humanidades y las ciencias sociales resulta imperiosa para que nuestras estudiantes puedan distinguir buen trabajo empírico de aquél que tiene sesgos profundos, malos métodos, y violenta las reglas más elementales de producción de conocimiento empírico con estándares profesionales y éticos de calidad aceptable.

19. La literatura sobre este tema se ha multiplicado recientemente. Entre las primeras contribuciones ofreciendo un análisis con base empírica argentina cabe citar los trabajos: Helmke, Gretchen, *Courts under constraints: judges, generals and presidents in Argentina*, Cambridge, UK ; New York : Cambridge University Press, 2005; o Bill Chavez, Rebecca, *The Rule of law in nascent democracies: judicial politics in Argentina*, Stanford, Calif. : Stanford University Press, 2004.

20. Y tan solo mi impresión, dado que no existen investigaciones empíricas cualitativas sobre los materiales efectivamente utilizados en la enseñanza del derecho.

Pienso que comprender la gran variedad de metodologías desarrolladas por las ciencias sociales y saber cómo consumirlas en la argumentación jurídica, aparece como una de las habilidades que es imperioso desarrollar para acompañar la transformación del trabajo en el aula con nuevos materiales. Es importante que en ese proceso, nuestras alumnas comprendan que si bien no existen investigaciones “objetivas,” hay pautas metodológicas que acercan a la investigación social a un conocimiento mejor de la realidad que otras, que hay métodos de investigación más apropiados para conocer ciertos tipos de fenómenos que otros, y que todos los métodos conocidos cuando son empleados por investigadores sociales consientes de la relevancia de la cuestión metodológica pueden acercarnos información útil para reflexionar y argumentar normativamente sobre la realidad como lo hacemos los y las abogadas.

Creo que para movernos hacia ese lugar del casillero 2 al que asumo deberíamos dirigirnos, nuestros proyectos de reforma de la enseñanza del derecho deberían incluir además de clases de economía, antropología o sociología, espacios especialmente pensados para la transmisión de algunas de las herramientas metodológicas cualitativas y cuantitativas desplegadas hoy por todas las ciencias sociales. Sólo a título ilustrativo, creo que un abogado no debería graduarse hoy sin conocimientos básicos de los métodos cuantitativos utilizados por las ciencias sociales. Una abogada debería poder comprender la lectura de la producción de las ciencias sociales que utiliza herramientas básicas de las estadísticas descriptivas y el cálculo econométrico de regresiones. Además, de familiarizarlos con la investigación empírica nuestros estudiantes deberían recibir formación –no necesariamente para producirla pero sí para consumirla- sobre los diversos métodos cualitativos y cuantitativos disponibles hoy para la recolección de información empírica y el testeo de hipótesis teóricas en ciencias sociales, para la investigación aplicada y, en especial, aquella utilizada para la generación de políticas públicas.

.....

Balkin & Levinson escriben desde un mundo, en un sentido, muy lejano al nuestro. Un mundo de instituciones académicas de elite dedicadas a la enseñanza del derecho con recursos materiales y humanos extremadamente abundantes en las que la movida hacia la interdisciplinariedad es hoy una tendencia irreversible en las escuelas líderes. En esas escuelas parece imprescindible para cualquier aspirante a enseñar, o incluso a estudiar, ostentar una calificación disciplinar adicional o acumular una combinación de diplomas entre los que el de abogado es sólo uno más. Las reflexiones de los autores provienen del entorno probablemente más próspero del mundo en el cual el capital docente y el alumnado dedican sus vidas exclusivamente a investigar, pensar y enseñar el derecho desde perspectivas internalistas y externalistas, y donde unos y otros se ubican con comodidad en alguno o más de uno de los casilleros de la matriz ofrecida por Balkin & Levinson.

Los autores escriben desde un lugar donde algunas de las propuestas que he formulado en los párrafos anteriores son moneda corriente. Más aún, donde propuestas de este tipo saturan quizás indebidamente y seguro en detrimento de saberes y herramientas de las humanidades la enseñanza jurídica.

Todo alumno de derecho estadounidense ha dedicado los primeros cuatro años de su vida universitaria exclusivamente a obtener una formación interdisciplinaria -en la que quizás nunca cursó una materia de derecho-, que puede incluir una especialización de grado en astrofísica, matemática, sociología, filosofía, semiótica, género o literatura latinoamericana, entre varios cientos de opciones. Esos alumnos además tienen abiertas ofertas en sus escuelas de derecho -o directamente en la universidad en su totalidad- para tomar clases de estadísticas, econometría, matemática financiera, métodos cualitativos, etnografía o historiografía. Y en ese contexto, Balkin & Levinson abogan por recuperar la enseñanza y los métodos de las humanidades, la educación en el arte y los métodos de las artes, la retórica, la semiótica y los métodos interpretativos utilizados por las humanidades.

La discusión de las bondades y limitaciones del modelo de educación estadounidense escapa el propósito de estas notas. Sin embargo, he querido aquí insistir en la necesidad de repensar cómo traer algo del conocimiento desarrollado desde las ciencias sociales y sus métodos a nuestras discusiones jurídicas y antes a nuestras escuelas de derecho. Comparto con Balkin & Levinson el diagnóstico sobre la importancia de la visión interdisciplinaria para la reflexión jurídica y mi propuesta no excluye fomentar más y mejor presencia de las humanidades en nuestra academia jurídica. Sin embargo, creo que algo de Hand ha llegado a nuestras aulas y muy poco de Holmes está presente en ellas. Es por eso que he querido aquí llamarnos la atención sobre la necesidad de reflexionar cómo traer más y mejor conocimiento de las ciencias sociales y, en especial, de ciencias sociales empíricas a nuestro trabajo en el derecho y su enseñanza, y por lo tanto, obviamente, también a la formación de los cuerpos docentes y de investigadores.

