



**XVII CONGRESO NACIONAL y VII LATINOAMERICANO DE
SOCIOLOGÍA JURÍDICA
Tucumán, Argentina – 5, 6 y 7 de octubre de 2016**

**EL MÉTODO DEL CASO EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL.**

Autor: Oscar Flores, Facultad de Derecho y Cs. Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán, e-mail: oscarflores@arnet.com.ar

Comisión N° 10: Educación jurídica y profesiones jurídicas.

1.- El discreto encanto del formalismo.

Recuerdo una de mis primeras aproximaciones al “estudio” del derecho. Era febrero de 1983. Yo estaba haciendo el cursillo de ingreso a la Facultad. Cierta día, uno de mis compañeros – que eventualmente ingresó - dijo algo así como: “Yo ya tengo estudiados cerca de (...)”¹ artículos del Código Civil”. Yo sentí una mezcla de sorpresa y envidia. Pensé que ese estudiante iba ganando tiempo, que estaba aprendiendo “derecho” anticipadamente.

¿A qué viene este comentario? Bueno, apunta a explicar que esa era la idea que yo y muchos de los ingresantes teníamos acerca de lo que era “estudiar derecho”: saber de memoria cientos de normas, artículos, incisos, y poder repetirlos a boca de jarro. Con el tiempo, mientras avanzaba en la carrera y comenzaba a ver que el derecho era algo más que memorizar palabras, me daba cuenta que muchos profesores pensaban igual que aquél compañero de mi ingreso (al menos eso demostraban sus clases). Era la enseñanza del derecho como una actividad descriptiva.² No pocos docentes llegaban a clase de riguroso traje, con su código o manual bajo el brazo, y se pasaban la hora entera repitiendo algo que

¹ Digamos un número significativo: doscientos, cuatrocientos.

² Cf. Bohmer, Martín F., “Introducción”, en Bohmer, Martín F. (comp .), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 16.



ya habíamos leído, sin aclararnos nada más. Sin cuestionar, sin sembrar una duda, sin poner en duda “la letra de la ley”.

En dos palabras, formalismo y dogmatismo (es decir, positivismo).³

Tal es el diagnóstico que, en retrospectiva, puedo hacer hoy acerca de mi formación académica. Hubo algunas honrosas excepciones⁴ que no llegaron a mejorar la condición crítica del cuadro.⁵

Uno de los rasgos típicos del “paradigma dogmático” es la creencia en la completitud de los sistemas normativos y la aspiración, en consecuencia, a que la labor del jurista es sólo la de describir reglas dotadas de autoridad.⁶ Esta idea genera en docentes y estudiantes una cierta y encantadora tranquilidad de espíritu: supone jueces cuyo rol es aplicar neutralmente normas que carecen de problemas de interpretación, y abogados cuyo rol es ser auxiliares de los jueces en la tarea de “encontrar” las normas que se aplican al conflicto concreto.⁷ Consecuentemente, en esta forma de entender el derecho, el profesor de derecho debe ser alguien que repite y explica el contenido de las normas jurídicas en sus clases y los alumnos, para aprobar sus exámenes, deben repetir lo que el profesor dice en clase.⁸

Sin embargo, la seguridad que ofrecen el formalismo y el paradigma dogmático no es tal. Los sistemas normativos carecen de completitud y suele haber casos para los cuales el sistema normativo no provee de decisión alguna:

El profesional del derecho y el jurista dogmático se encuentra así en la necesidad, simultánea, de describir el derecho positivo y, al mismo tiempo, de optimizarlo, superando el conjunto de imperfecciones que

³ Esta es una verdad que debemos asumir los abogados argentinos. Y la verdad, como dice Serrat, nunca es triste: lo que no tiene es remedio. Hemos recibido lo mejor de la “la concepción más tradicional del Derecho”, que lo entiende como “un conjunto de normas generales o particulares emanadas de los órganos creados al efecto”. El estudio del derecho o su enseñanza significa lograr que los alumnos las conozcan: el estudio del Derecho se debe dedicar exclusivamente al estudio de estas normas Cf. Bohmer, “Introducción”, en Bohmer, op. cit., 15. El punto es si como docentes debemos seguir enseñando derecho de semejante manera, perpetuando algo que a nosotros mismos nos ha perjudicado en gran medida.

⁴ Como por ejemplo la Cátedra Derecho Constitucional “B”, que integré como docente desde 1986 hasta 2014.

⁵ Más que nada, se trataba de materias donde se enseñaban casos jurisprudenciales, pero manteniendo los defectos de las demás asignaturas: enciclopedismo, memorización acrítica de tal o cual autor o doctrina, imposibilidad de discutir o contradecir los criterios del Profesor Titular de la cátedra (léase herejía).

⁶ Cf. Peña González Carlos, “Notes on lawyers and legal training”, en <http://www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/penae.pdf>.

⁷ Cf. Bohmer, “Introducción”, en Bohmer, op. cit., 15.

⁸ Idem, p. 16.



presenta. Los juristas estarían sometidos, de esta manera, a una nueva inconsistencia, a la necesidad simultánea de conocer el ordenamiento y de producir decisiones. Como ambas labores son incompatibles, el nudo de la disciplina dogmática consiste en presentar como conocimiento lo que, en verdad, es creación. Ese modo de resolver la inconsistencia (que en modo alguno equivale a mera simulación) oculta, también, algunas de las más importantes funciones de la dogmática, entre las que se cuenta la de optimizar, esto es, mejorar, el ordenamiento jurídico positivo.⁹

Soy consciente que formalismo y dogmatismo son deficiencias de la enseñanza en casi todas las facultades de derecho de Argentina. Pero eso no me sirve. Como docente de esta Facultad considero necesario revalorizar aspectos de la enseñanza descuidados u omitidos casi por completo, si lo que se quiere es formar en el alumno una “conciencia crítica” - por llamarlo de alguna manera - que le permita abordar y comprender la necesaria e ineludible relación entre el derecho y el sistema político al que sirve de justificación.¹⁰

2.- De qué hablamos cuando hablamos de derecho (y qué abogado entrenamos).

Si la preocupación es formar un abogado “distinto”, el interrogante que surge de inmediato es acerca de nuestra propia concepción del derecho. Ya vimos cuál es la respuesta del formalismo. Al respecto, cabe decir que si las diversas instancias de producción jurídica respondieran o se comportaran de acuerdo a lo que tradicionalmente se enseña como “derecho”, mis cuitas serían tal vez injustificadas: los profesores tendrían que seguir repitiendo el código de “pe” a “pa”, luego los alumnos harían lo mismo en sus exámenes, y con el tiempo y un poco de esfuerzo, llegaría la ceremonia de graduación.

Ocurre que la realidad del derecho es distinta: ella se ensaña a menudo con el formalismo de aquél distinguido profesor, y el joven profesional, de repente, se siente como

⁹ Cf. Peña González, “Notes on lawyers and legal training”, cit.

¹⁰ Al respecto, no concibo que una facultad de derecho sea respetada y prestigiada por formar abogados “apolíticos”. Una verdadera *contradictio in adjectio*. Como señalan Lasswell y McDougal, nadie que haya tratado con el derecho, de cualquier manera que sea definido, puede escapar a la política entendida como la forma de tomar decisiones importantes que afectan a la distribución de valores. Cf. Lasswell, Harold D. y McDougal, Myres S., “Enseñanza del derecho y políticas públicas: entrenamiento profesional para el interés público”, en Bohmer, op. cit., p. 74.



estafado. ¿No estaba caso la solución en el artículo tal inciso tal del código? ¿Y qué pasó con la doctrina francesa? ¿Acaso el juez no la conoce? Muchas veces el burócrata (administrativo o judicial) nos hace ver - y sufrir - “su” propia interpretación de la ley o del reglamento, y toda la seguridad del discurso formalista se hace añicos. ¿Y ahora?¹¹

Al respecto, Mac Lean señala que “Tradicionalmente, el estudio del Derecho ha satisfecho bastante bien sólo una de estas dimensiones, la del conocimiento. Esto tiene como consecuencia que una vez graduado, el abogado se encuentra con que no conoce el mundo del Derecho. Se da cuenta de que existe una brecha entre lo que debe ser y lo que es. De hecho, esta brecha la perciben algunos alumnos que hacen prácticas preprofesionales, quienes se dan cuenta de que lo que aprenden en la universidad está totalmente divorciado de la realidad”.¹²

En 1943, Laswell y McDougal se quejaban de algo similar en Estados Unidos. Afirmaban que entonces, mucho de lo que pasaba por instrucción en las facultades de derecho era “una pérdida de tiempo porque consiste en la repetición de una lista limitada de términos ambiguos, liberados de todo contexto institucional que podría poner algún límite a esa ambigüedad”.¹³

El formalismo niega que el derecho sea interpretable: a su criterio las profesiones jurídicas consisten, simplemente, en reproducir lo que, de una manera u otra, ya está contenido en el sistema normativo. Pero lo que en realidad ocurre – aunque el formalismo y el paradigma dogmático no lo reconozcan - es que los abogados, jueces y demás operadores del sistema, contribuyen cotidianamente, “a configurar la práctica legal, el derecho a fin de cuentas”.¹⁴ Ante esta realidad, resulta nefasto que a los estudiantes de derecho se les obligue a repetir conceptos de memoria y no se los prepare para esa tarea diaria de configurar el derecho.

Por ello considero que un abogado que se forme a resguardo del vaho conformista y engañoso del formalismo y del positivismo, tendrá mejores condiciones para afrontar los

¹¹ Al respecto, Bullard y Mc Lean señalan que la concepción tradicional del Derecho “...ha forjado la enseñanza del Derecho hacia el desarrollo del conocimiento de los conceptos. Esto trae como consecuencia que, una vez graduado, el abogado se encuentra que el mundo del Derecho no era un paraíso como pensaba sino más bien un pantano que no conocía. Se da cuenta que existe una divorcio entre lo que le enseñaron en la universidad y lo que ve en la práctica”. Cf. Bullard y Mac Lean, op. cit.

¹² Cf. Mac Lean, Ana Cecilia, “Toma el atajo, Joe”, en <http://docslide.us/education/toma-el-atajo-joe.html>.

¹³ Lasswell y McDougal, op. cit., p. 81.

¹⁴ Cf. Peña González, “Notes on lawyers and legal training”, cit.



desafíos de su profesión. Al respecto, Bullard y Mc Lean señalan: “...una universidad forma abogados para que, valga la redundancia, actúen como abogados y los abogados actuamos en el contexto de un Derecho definido en una realidad. Pero debe ser un Derecho para encontrar respuestas y no solo preguntas sin solución”.¹⁵ Si esto no se logra, seguiremos promoviendo un sistema ilusorio, donde el docente cree que enseña derecho (o, lo que es peor, sabe que lo que enseña es algo muy diferente a lo que es su práctica de derecho)¹⁶ y el alumno memoriza y acorta su vista, creyendo que con cada materia aprobada “sabe más derecho”.

El abogado que recibe tal entrenamiento en la Facultad adquiere - en el mejor de los casos- la capacidad de hacer “ingeniería conceptual” por sobre las competencias para resolver problemas prácticos. Es por eso que “el mejor alumno es el que dio el examen con la respuesta más alambicada y compleja, y no necesariamente el que encontró la solución práctica”.¹⁷ Este conceptualismo extremo “convierte al abogado en un ser poco práctico en un mundo como el moderno que exige practicidad”.¹⁸ El dogmatismo en la enseñanza del derecho en nuestro país viene desde hace muchos años.¹⁹

Esto va de la mano con cierto rasgo fetichista en la enseñanza legal. Al respecto Peña González señala que los juristas latinoamericanos “suelen dejarse hechizar por la ley, o por las palabras de la ley, hasta olvidar los problemas que la inspiran o la descripción de los hechos que la ley pretende regular”.²⁰

¹⁵ Cf. Bullard, Alfredo y Mac Lean, Ana Cecilia, “La enseñanza del derecho ¿Cofradía o archicofradía?”, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3743478.pdf>. Este trabajo se refiere a la enseñanza tradicional del Derecho en Latinoamérica, tomando como experiencia específica el caso de la enseñanza del Derecho en el Perú.

¹⁶ Al respecto, resulta muy ilustrativo lo señalado por Martín Bohmer en el sentido de que el profesor de derecho argentino medio es un abogado o juez que en su tiempo libre da clases en la facultad. Señala Bohmer que cuando ese profesional del derecho ingresa al edificio de la facultad para dar su clase, le “cambia la cabeza” y se vuelve formalista –esto es, se limita a repetir un libro o una norma-, cuando en sus respectivos trabajos – como juez o como abogado – ninguno es un formalista, sino que se dedica a elaborar estrategias, plantear la inconstitucionalidad de una ley, etc., que no es lo que le enseñan a sus alumnos. Cf. Bohmer, Martín, Curso de Posgrado “La Enseñanza del Derecho”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Secretaría de Posgrado, Universidad Nacional de Tucumán, 4, 5 y 6 de noviembre de 2002.

¹⁷ El resultado de ello es una educación legal poco práctica y muy abstracta, con poco referentes reales y con estudiantes hábiles en “matemática conceptual” y lejos de la comprensión del problema real que los conceptos tratan de regular y comprender. Cf. Bullard y Mac Lean, op. cit.

¹⁸ Cf. Bullard y Mac Lean, op. cit.

¹⁹ Ver al respecto, Fucito, Felipe, “El Profesor de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata. Un estudio comparativo”, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 2000, p. 140.

²⁰ Cf. Peña González, “Notes on lawyers and legal training”, cit.



Cuando la pregunta no es ya sobre la concepción del derecho, sino sobre lo que se espera de un profesional del derecho que se gradúa en la universidad, ello dependerá de cómo se entienda el rol formador de la facultad de derecho: si debe entenderse como un campo de entrenamiento para la posterior vida profesional o bien ser un espacio para profundizar el conocimiento y adquirir un pensamiento crítico. Las opciones serían, o “un profesional formado, capaz de formular juicios críticos sobre la realidad, o un abogado entrenado para desempeñarse en los diversos campos de la vida profesional, en atención a la automática habilitación profesional que otorga el título académico”.²¹ En cualquiera de las alternativas, la enseñanza tradicional del derecho en Argentina impide lograr tales perfiles de egresados.

Función formativa e informativa.

La función del profesor, y de la enseñanza en general, es informativa y formativa. Por la primera, el profesor transmite información al alumno. Por la segunda, forma competencias y capacidades. Según lo expuesto hasta aquí, resulta claro que el formalismo en la enseñanza del derecho privilegia la función informativa. La metodología usada en este tipo de enseñanza, dice Peña González, es principalmente expositiva: el profesor llega al aula y “derrama” en los alumnos, ávidos de conocimientos, toda su sabiduría. El alumno no sabe cómo adquirió el profesor tal sabiduría ni si hay otros profesores que tienen conocimientos que opongan la posición de su profesor. Muchas veces no entiende los conceptos tratados hasta años más tarde en su práctica profesional.²² En Latinoamérica los planes de estudios de derecho están, en general, predominantemente orientados hacia la entrega sistemática de información,²³ y por ello

“La enseñanza del derecho es más informativa que formativa y el sistema de evaluación mide, casi exclusivamente, la retención memorística de información. Las clases de Derecho hoy en día no son más que repetición o anticipo de lo que nos dicen los textos legales, con un papel pasivo de los

²¹ O'Donnell, Gastón, “Aportes a la discusión sobre el método de casos en la enseñanza del derecho”, en http://www.educ.ar/educar/superior/biblioteca_digital/disciplinas/verdocbd.jsp?Documento=107180.

²² Cf. Peña González, “Notes on lawyers and legal training”, cit.

²³ Esa información es relativa a las normas formalmente vigentes y está centrado en las disciplinas y en los principales códigos, más que en las instituciones. Cf. Peña González, “Notes on lawyers and legal training”, cit.



alumnos y sin un mínimo grado de investigación de los agentes involucrados en el proceso de enseñanza”.²⁴

Touch of evil.

Si uno lo piensa detenidamente, semejante forma de enseñar derecho y de convertirse en abogado es absolutamente irracional (e incluso perversa): un estudiante debe permanecer cinco o seis años repitiendo conceptos que muchas veces no entiende,²⁵ para diplomarse y afrontar que, en realidad, sabe poco y nada de lo que es ser abogado. Porque, en oposición a lo que le ocurría al abogado que se volvía formalista al ingresar al aula, el egresado debe olvidarse de inmediato de los seis años de artículos, notas al pie y disputas teóricas.²⁶ Deberá aprender lo que nunca le enseñaron: cómo investigar, cómo escribir, cómo entrevistar a un cliente y presentar un caso, cómo elaborar un argumento, cómo leer y criticar una sentencia para rebatir sus argumentos, en fin, cómo razonar jurídicamente. Deberá aprender, por fin, que difícilmente encontrará la respuesta correcta y única para cada problema. Es algo con lo que tendrá que vivir, a menos que se dedique a otra actividad.

Evitar la caída al pantano.

Quiero detenerme en lo que autores norteamericanos, citados por Bullard y Mac Lean, denominan muy gráficamente “la caída al pantano”. La imagen hace referencia a la percepción que se tiene del alumno recién graduado de una facultad de Derecho con enseñanza tradicional. En el novel profesional “...la preparación académica y el conocimiento están muy elevados”. Pero al momento de graduarse “...el alumno desciende a un pantano para el que no se encuentra preparado. Ese fenómeno se ha agudizado cuando

²⁴ Cf. Olivos M., Carlos, “Los Obstáculos al Cambio en la Enseñanza del Derecho”, en <http://www.colegioabogados.cl/revista/20/articulo4.htm>.

²⁵ Como bien se ha señalado, “Hay preguntas y conceptos que aparecen ante nuestros ojos en las Escuelas de Derecho y que no guardan relación con lo que estamos viendo o que no tienen ninguna utilidad práctica”. Cf. Bullard y Mac Lean, op. cit.

²⁶ “Los abogados son entrenados para ser esgrimistas conceptuales. Como esos conceptos que usan no tienen referente real, se vuelven armas y reglas de juego arbitrarias y poco predecibles. La educación legal no solo se deja influir por esta concepción de Derecho, sino que ella misma la fomenta en las aulas, la acepta y la premia en base a los criterios de calificación que se usan para colocar la nota al alumno”. Cf. Bullard y Mac Lean, op. cit.



asumimos que el conceptualismo ha ido aislando aún más lo que se recibe en las aulas de la realidad (es decir del “pantano”), simplemente porque la realidad ha cambiado y la enseñanza del Derecho no lo ha hecho al mismo nivel”.²⁷ El abogado novato deberá entonces aprender “a vivir en el pantano, un pantano muy distinto al mundo de conceptos que nos enseñan en las aulas”.²⁸

A favor de la enseñanza tradicional del derecho puede argumentarse que hay excelentes profesionales y docentes formados en la educación jurídica formalista.

Mi punto es: ¿por qué no formar abogados que no se caigan al pantano? Por supuesto que nadie es abogado hasta que “aboga”, hasta que ejerce. Tal experiencia vital es intransferible, y no creo que deba obtenerse en las instancias académicas. Pero para afrontar ese momento, ¿no debe dotarse al estudiante de herramientas que le permitan insertarse menos traumáticamente en su profesión? ¿No es esa – entre otras- la tarea de una facultad de derecho?²⁹ Vuelvo a Bullard y Mac Lean: “se trata de darle al alumno una formación que lo haga capaz de crear estrategias que le permita manejarse en el pantano, anticipando y enfrentando de la mejor manera posible los problemas que se presenten. Y entender que en ese pantano los conceptos tiene un valor instrumental y que las armas a usarse no se limitan a la habilidad de conseguir que la coerción estatal nos ampare”.³⁰

Dotar de un nuevo sentido a la enseñanza del derecho.

Laswell y McDougal escribieron sobre la necesidad de reencauzar la enseñanza del derecho en Estados Unidos durante la segunda guerra mundial.³¹ Es decir, durante una etapa de crisis nacional. Salvando las distancias geográficas y temporales, la actual crisis de Argentina – en la cual las facultades de derecho algo tienen que ver, desde que de sus aulas

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Como señala Mark Levin, “Nuestra responsabilidad como educadores nos exige considerar el futuro de nuestros estudiantes. ¿Qué conocimientos, destrezas, y habilidades permitirá a los graduados desempeñarse mejor en sus carreras y cumplir con la sociedad? ¿Y qué podemos hacer para desarrollar individuos maduros e inteligentes que estén preparados para enfrentar los desafíos que se les presentarán en el curso de sus carreras? Creo que hoy estas son para nosotros las preguntas más importantes”. Cf. Levin, Mark, “Legal Education for the Next Generation: Ideas from America”, en <http://www.cmmi.gr.jp/effort/pdf/levin.pdf>.

³⁰ Bullard y Mac Lean, op. cit.

³¹ Cf. Laswell y McDougal, op. cit., p. 77.



emergieron la mayoría de los creadores de políticas públicas en el país –³² puede ser también propicia para debatir, incentivar y llevar adelante un cambio semejante. En la agenda de las facultades estatales argentinas no figura prácticamente la tarea de formar y entrenar a sus estudiantes para el diseño de políticas públicas coherentes con los valores democráticos de nuestra Constitución. Esto es particularmente grave dado que en nuestro país son los abogados “los que constituyen tradicionalmente la clase de los que mandan”.³³

¿Se quiere entrenar en construcción de políticas públicas? Entonces las destrezas e informaciones del abogado deben estar dotadas de un “nuevo sentido, nuevos propósitos y nuevos criterios de relevancia”.³⁴ Esto no se logra con la mera enseñanza del tecnicismo legal. El derecho, dicen Laswell y McDougal, “no puede ser como el golf o la cirugía, no se puede enseñar meramente como una técnica”.³⁵ Se debe promover la adaptación de la enseñanza del derecho “a las necesidades de las políticas públicas de una sociedad libre”.³⁶ En tal sentido, debemos partir de que “todas las estructuras jurídicas, definiciones y doctrinas se deben enseñar, evaluar y recrear en términos de los valores democráticos básicos”.³⁷

Un cambio verdadero.

El desafío es – desde el propio cuerpo docente – desterrar de nuestra práctica el formalismo dogmático. ¿Cómo lograrlo? Se me ocurren algunas ideas al respecto.

El mito de la respuesta única.

Por empezar, los docentes deberíamos abandonar la pretensión – falsa – de que existe una respuesta única y exacta para cada problema.³⁸ Para ello, 1°).- Tenemos que dejar de enfocar el derecho con un método exclusivamente deductivo, como si se tratara de un paraíso de conceptos que contiene las soluciones a todos los problemas, donde todo

³² Cf. Bohmer, Curso de Posgrado “La Enseñanza del Derecho”, cit.

³³ Cf. Bohmer, Martín F., “Introducción”, en Bohmer, op. cit., p. 13.

³⁴ Idem, p.81.

³⁵ Idem, p. 90.

³⁶ Idem, p. 89.

³⁷ Id.

³⁸ A menudo esto transforma al alumno en un simulador: con tal de no ser aplazado, repite lo que el docente o el manual dicen sobre el asunto, aunque sea contrario a sus propias ideas.



conflicto jurídico se resuelve encontrando la correcta “naturaleza jurídica” y no creando una solución nueva. En tal concepción del derecho, el abogado, antes que un creador, es un “descubridor de conceptos”,³⁹ 2º).- El docente debe estar convencido de que no existen tales respuestas únicas y absolutas, y tener la suficiente amplitud de criterio para aceptar ideas y criterios distintos a los suyos. Debe transmitir a los estudiantes que esa falta de uniformidad del derecho es tal vez uno de los atractivos más especiales de la profesión.

Fomentar la diversidad.

Se debe acabar con esa enseñanza que suele “eliminar el concepto de diversidad de la mente de los hombres de Derecho”.⁴⁰ Cuando ese abogado se encuentre con una situación que se sale de la rutina será su incapaz de actuar ante una situación para la cual no tiene una norma o concepto general que se adecue fácilmente. Su formación le dificultará encontrar sus propias ideas para encontrar una solución. Al abogado formado en el dogmatismo “la realidad lo va desfasando”. Está entrenado “en poderes y capacidades, que sin ser inútiles, no le permiten enfrentar muchos de los problemas que el mundo plantea hoy”.⁴¹ El profesor debe inculcar en sus alumnos la idea de que un abogado puede ser algo más que un mero técnico aséptico: puede operar como un agente del cambio social y jurídico.

Futilidad del aprendizaje “de memoria”.

Sin negar que el conocimiento de la norma es el punto de partida necesario para una eventual crítica de la misma, resulta superfluo y jurídicamente irrelevante exigir a un estudiante el conocimiento “de memoria” de leyes que muchas en la vida profesional uno no recuerda. ¿O acaso un abogado – juez o litigante - no consulta leyes y códigos a diario? Ante esto, ¿no es un despropósito aplazar a un alumno que no sabe de memoria los diez o doce incisos de un artículo? Dicho de otro modo: ¿Qué me garantiza a mí como docente el hecho de que el alumno pueda recitar los doce incisos de corrido? ¿Quiere decir que “sabe” derecho? Opino que no: en todo caso, comprobaré que tiene una memoria envidiable. Pero, ¿qué hará ese alumno de memoria prodigiosa si una reforma legislativa deroga aquellos doce incisos repetidos a la perfección? Aquí surgirá el problema, porque el modelo de

³⁹ Bullard y Mac Lean, op. cit.

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Bullard y Mac Lean, op. cit.



enseñanza de reglas “va generando es un abogado pasivo, inútil al momento de tener que generar nuevas estrategias o pensar reglas jurídicas para los casos donde el estado no las creó”.⁴²

Esto se ve agravado por la circunstancia de que la enseñanza tradicional del derecho descuida el aprendizaje de la dimensión práctica, que por lo general no está sistematizado y depende “tanto de la madurez del alumno como de la suerte que tenga éste para enfrentarse a diversas situaciones”.⁴³

Formar competencias.

Es necesario proveer de elementos de juicio al alumno para que pueda abrirse paso y enfrentar los innumerables problemas que le plantea su profesión “pensando como abogado”. Es una tarea poco conocida en nuestras facultades de derecho, destinada a “formar competencias”:

“...antes que limitarnos a dar conocimientos conceptuales, debemos formar competencias en los abogados. ¿Qué es una competencia? Es simplemente la suma de conocimientos y habilidades o destrezas adquiridas. Esto sumado a una actitud adecuada nos producirá el desempeño deseado”.⁴⁴

En esta tarea puede ser de utilidad matizar la enseñanza clásica (clase magistral) con **el método de casos** que – según mi experiencia personal – genera en el estudiante un mayor interés por la materia y despierta o afianza su sentido crítico. Cabe hacer una salvedad: el método “socrático”, como también se lo llama, debe aplicarse adecuadamente y sin traicionar su esencia. Sería un error, por ejemplo, exigir el conocimiento de un fallo “de memoria”. Al respecto, vale la pena citar a Kronman, a cuyo juicio en un sentido

⁴² Señala Gordon que en Estados Unidos esta enseñanza del derecho positivo se denomina “*black-letter*” law. Ella proporciona al estudiante las reglas específicas del sistema legal existente (doctrinas del *common law* o las normas de los códigos reducidas a lacónicas declaraciones de reglas y excepciones). El abogado que aprendió el derecho de esta manera, como un cuerpo de reglas, es un abogado-tomador pasivo más que un configurador activo o intérprete imaginativo del derecho. “El abogado circunscripto a las normas – dice Gordon- parece ser entrenado, más que el artesano, para trabajos prácticos bastantes repetitivos y rutinarios”. Cf. Gordon, Robert W., “Distintos Modelos de Educación Jurídica y las Condiciones Sociales en las que se Apoyan”, en <http://www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/penas.pdf>. Ver también: Gordon, Robert W., “Legal Education in the United States: Origins and Development”, *Issues of Democracy*, agosto 2002, en <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0802/ijde/gordon.htm>.

⁴³ Cf. Mac Lean, “Toma el atajo, Joe”, cit.

⁴⁴ Bullard y Mac Lean, op. cit.



amplio el método de casos significa, por un lado, rehusarse a dar por sentada la solidez jurídica de cualquier decisión judicial, sin importar cuán elevado sea el tribunal que la dictó o cuán popular resulte el fallo; por otro lado, implica el compromiso del docente de presentar al alumno las posiciones en conflicto en su faz más atractiva, sin tener en cuenta lo bien que hayan sido tratadas en la sentencia misma..⁴⁵

A la par del método de análisis de fallos puede resultar de utilidad el método de resolución de casos, en donde “se le da al estudiante ciertos elementos y se espera de él que lo resuelva y extraiga el derecho aplicable. Es decir, que encuentre cuál es la norma vigente”..⁴⁶

3. Anatomía del método de casos.

En Estados Unidos el método de casos en la enseñanza jurídica surge hacia 1870 en la escuela de derecho de Harvard a instancias del profesor Christophorus Columbus Langdell.⁴⁷ Proponía enseñar derecho exclusivamente a través del análisis de fallos y discusión en clase. Se inició como un modo “científico” de descubrir principios del derecho. Según Langdell, los principios del derecho, como los de toda ciencia, podían conocerse por inducción. A partir de la lectura de algunos casos relevantes, se inducían las líneas generales. Con su propuesta, Langdell acerca el derecho al modelo de las ciencias naturales.⁴⁸

Son tres los componentes principales del método de casos:

a) **El libro de casos** (*casebook*) que reúne un conjunto de fallos de apelación o de la Corte Suprema, y en el que cada caso presenta al final una lista de comentarios y preguntas para el trabajo individual o en el aula. Por lo común, los fallos y los artículos no están completos: el responsable del libro omite los pasajes considerados innecesarios, de modo

⁴⁵ Cf. Kronman, Anthony, “The Socratic Method and the Development of the Moral Imagination”, *The University of Toledo Law Review*, Vol. 31 n° 4, Summer 2000, en http://law.utoledo.edu/lawreview/publication_archives/v31_n4_summer2000/kronman.html.

⁴⁶ O'Donnell, Gastón, “Aportes a la discusión sobre el método de casos en la enseñanza del derecho”, en http://www.educ.ar/educar/superior/biblioteca_digital/disciplinas/verdocbd.jsp?Documento=107180.

⁴⁷ Sobre el método de Langdell, ver: Garvin, David A., “Making the Case. Professional education for the world of practice”, *Harvard Magazine*, septiembre – octubre 2003, <http://harvardmagazine.com/2003/09/making-the-case.html>; Patterson, Dennis, “Langdell’s legacy”, *Northwestern University Law Review*, vol. 90, 1995, p. 196.

⁴⁸ Etchichury, Horacio J., “Por un método crítico de casos”, en “Derecho a la Vida - Un análisis desde el método de casos”, Rossetti Andrés – Alvarez, Magdalena I. (compiladores), *Advocatus Ediciones*, Córdoba, 2005, pág. 52.



que se admite el estudio de fragmentos.⁴⁹ El material que usted tiene en sus manos en este momento responde a tales características.

b) El diálogo socrático, con el que comienza la clase. El profesor dirige preguntas a un solo alumno y discuten en cada clase un caso asignado como lectura. No es un debate general, sino un diálogo. Por ello es posible utilizar el método socrático en clases masivas.⁵⁰

El típico diálogo socrático puede abarcar los siguientes temas: 1) Los hechos del caso. En este primer punto es siempre recomendable “ubicar” el fallo en el contexto sociopolítico en que se decidió, es decir, identificar la situación política, social y económica vigente a la fecha de la sentencia y evaluar de qué modo pudo influir en la resolución del caso,⁵¹ ya que “limitar el estudio de un caso judicial a su sentencia es como analizar una batalla a partir del número de muertos”;⁵² 2) El “holding” o principio desarrollado por el tribunal que fue necesario para decidir el caso. Eventualmente, soluciones alternativas no adoptadas por el Tribunal;⁵³ 3) Los valores que fundamentan el “holding” de la decisión; 4) Comparación entre los distintos votos del fallo y problemas de razonamiento; 5) Vínculos entre el “holding” del fallo y los de otros fallos estudiados; 6) “Obiter dictum” significativo, es decir, los principios legales desarrollados por el tribunal que no eran necesarios para decidir el caso,⁵⁴ afirmaciones complementarias que no son decisivas en la resolución arribada.⁵⁵

Se aconseja distinguir entre preguntas sobre los hechos del caso (preguntas de información) y preguntas críticas (exigen respuestas de razonamiento, no de información).⁵⁶ No hay respuestas “oficiales” del docente. Pueden quedar dudas o interrogantes que obliguen al alumno a seguir pensando y a continuar la reflexión.

⁴⁹ Idem, pág. 53.

⁵⁰ Miller, Jonathan M., “El método de casos y la educación legal en la Argentina”, Lecciones y Ensayos N° 48, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Astrea, Buenos Aires, 1987.

⁵¹ Slaibe, María Eugenia, “Claves para analizar un fallo”, Revista Universitaria La Ley, 2000-5-25.

⁵² Cfr. Abramovich, Víctor, “El complejo de Rock Hudson”, en “No hay derecho”, 9 de abril de 2008, <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2008/04/el-complejo-de-rock-hudson-segunda.html>

⁵³ Slaibe, María Eugenia, “La función de la jurisprudencia en el aprendizaje del derecho”, Revista Universitaria La Ley, 1999-2-4.

⁵⁴ Miller, op. cit.

⁵⁵ Slaibe, “Claves...”, cit.

⁵⁶ Gordillo, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Tomo 6, “El método en derecho - La administración paralela”, capítulo IV “Análisis de fallos”, Mét-IV-7, 2ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012 disponible en http://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap04.pdf. Ver también: Hernández Contreras, Carlos, “El comentario de sentencia. Método de trabajo para estudiantes de Derecho”, disponible en www.scribd.com/doc/306290160/4-El-Comentario-de-Sentencia-Carlos-Hernandez-Contreras



c) **El examen final escrito** en el que se plantean uno o varios casos hipotéticos, para que el alumno ofrezca la mejor solución, o prepare la mejor argumentación posible para una o más de las partes. A veces, el estudiante puede incluso utilizar sus notas y libros.⁵⁷ En todo caso, cabe advertir que el método del caso no tiene por objeto que el alumno “aprenda” qué dijo el Procurador General de la Nación, ni que repita “de memoria” los argumentos de los votos de la mayoría o minoría, sino razonar en derecho a partir del fallo.⁵⁸

Etchichury señala que las virtudes del método del caso radican en que pone en contacto a la clase con el derecho vigente, hace dialogar al alumno con el docente, muestra la ley en funcionamiento, enseña que el derecho no se deduce: se crea, confirma la importancia de la argumentación, revela la política y los valores presentes en la función judicial, brinda elementos para predecir decisiones judiciales, ofrece una buena forma de trabajar durante el cursado, tiene una interesante forma de evaluación, y da una buena pauta para el trabajo profesional.⁵⁹

Por otro lado advierte que el mayor riesgo del método de casos es que puede perjudicar o anular la capacidad crítica del estudiante ya que desalienta la discusión teórica, se concentra demasiado en la “regla” aplicable y porque se aprende que la ley es lo que los jueces dicen que es.⁶⁰ Ello será así, entiendo, en la medida que la enseñanza con casos se limite a un mero trueque que descarte el consabido “Manual...” y en su lugar se repartan fallos para que el alumno... los estudie. No es ese el objetivo que se busca con el método del caso. En absoluto. Para que quede claro: “el caso no puede ser un punto de llegada, debe ser un punto de partida para empezar a trabajar y pensar” y de ese modo “entrenar el ejercicio de las habilidades argumentativas”.⁶¹

Un buen antídoto.

De lo expuesto se desprende que el método de casos es un buen antídoto contra la enseñanza tradicional del derecho en nuestro país que, como advierten Pitrau y Rolleri, “fundamenta su construcción de aprendizaje en memorizar y repetir conceptos sin una comprensión o razonamiento propios, lo que muchas veces provoca una gran colisión al

⁵⁷ Etchichury, op. cit., pág. 54.

⁵⁸ Gordillo, op. cit., Mét-IV-2.

⁵⁹ Etchichury, op. cit., págs. 55-59.

⁶⁰ Idem, págs. 59-61.

⁶¹ Arballo, Gustavo, “Saber fallos no es saber derecho”, 19 de mayo de 2009 <http://www.saberderecho.com/2009/05/saber-fallos-no-es-saber-derecho.html>.



comenzar el ejercicio de la actividad profesional, dado que cuando debemos aplicar todo lo que supuestamente hemos aprendido, descubrimos que no sabemos hacerlo, y que, además, ni siquiera recordamos lo prolijamente memorizado”.⁶² Esa pedagogía jurídica tradicional no ve el derecho “como un proceso dinámico que los alumnos, como profesionales del derecho, ayudarán a plasmar en el futuro”. Y si derecho es un proceso dinámico, ello implica “la futilidad de un sistema educativo que solamente enseña al alumno a memorizar”.⁶³ Por tal razón este libro no “ofrece ni regala las soluciones al lector”. Los “Manuales...” o los “Tratados...”, advierte Miller, “crean el mito de que hay una solución ‘correcta’ que el alumno, si presta atención, va a recibir del profesor o del libro, cuando –en la práctica– el trabajo del abogado no es decir al juez que él tiene la solución ‘correcta’ porque así fue escrita por algún tratadista, sino que consiste en armar argumentos legales que hagan referencia a los valores que debe mantener la sociedad”.⁶⁴ El objetivo es que el alumno aprenda que no hay un solo camino posible para resolver un conflicto legal, y que los principios básicos que fundamentan el sistema dependerán de su aplicación al caso concreto.⁶⁵

Exigencias del método de casos.

El método del caso tiene sus exigencias. Tanto el docente como el alumno deben preparar los fallos previamente seleccionados para tratar el tema programado para la clase.

Al alumno le corresponde:

a) **Efectuar una lectura detenida del fallo** a fin de asegurar una discusión útil y no superficial ya que “la participación verbal de quien no preparó el tema en debate, no hace sino perjudicar el trabajo colectivo” y es “una conducta antisocial a nivel del grupo”;⁶⁶ y

b) **Elaborar una ficha o informe del caso.** La ficha del fallo es un ejercicio que realiza el alumno. Constituye un método de base indispensable para cualquier estudio de la jurisprudencia. Una ficha de jurisprudencia debe contener siempre: el tribunal y la fecha, las partes del juicio, los hechos, el procedimiento, las tesis o argumentos presentados, el problema de derecho y el sentido de la decisión. El alumno no debe memorizar el fallo: los

⁶² Pitrau, Osvaldo F. y Rolleri, Gabriel, “Casos de derecho sucesorio”, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, XXIII.

⁶³ Miller, op. cit.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Slaibe, “La función de la jurisprudencia...”, cit.

⁶⁶ Gordillo, op. cit., Mét-IV-5.



abogados tampoco lo hacen en su ejercicio profesional. El alumno no “aprende” el fallo, aprende a “razonar” con el fallo.⁶⁷

Al docente le cabe formular una guía de preguntas que contribuyan a que el alumno identifique los problemas que surgen del razonamiento del tribunal.⁶⁸ Este libro contiene, al final de cada fallo y sin ánimo de ser exhaustivos, cuestionarios y comentarios en tal sentido.

Seguramente muchos de los alumnos que asisten a una Facultad de Derecho con predominio del método tradicional de enseñanza, al anotarse en un curso que emplee el método de casos accederán por primera vez a leer una sentencia judicial a través de la compilación contenida en los fallos del “casebook” que utilice la Cátedra. El consejo que debe darse a los alumnos es no desanimarse por las primeras experiencias: como bien se dijo, una sentencia judicial no se lee como un artículo de periódico, ni como la página de un libro. Es un verdadero trabajo que exige mucha atención. Hasta los juristas más experimentados deben frecuentemente leer varias veces una decisión judicial antes de poder comprenderla y utilizarla. Se debe hacer saber a los alumnos que contarán con todo el apoyo del cuerpo docente de esta Cátedra para avanzar en una tarea que, sin dudas, terminará por resultarles interesante, amena y, por sobre todas las cosas, de mucha utilidad para el resto de sus respectivas carreras.

El método de casos permite además promover una forma crítica de aprender Derecho. Porque entiendo que la enseñanza del derecho “debe ser crítica, no sólo realista”.⁶⁹ Esto significa que el conocimiento del orden jurídico efectivamente vigente es un primer paso, necesario pero insuficiente en la formación del profesional del derecho. Se debe hacer un estudio amplio del derecho, considerándolo como un objeto social y no como un ente de la naturaleza o de la razón.⁷⁰ El método crítico, además, rechaza la autoridad como argumento y exige fundamentos racionales para cada decisión. Distingue entre la naturaleza, la sociedad y el derecho y por consiguiente no considera ‘natural’ a una determinada organización de la sociedad o a una cierta normativa. Tampoco admite lo existente como incuestionable y previene el giro cínico o la resignación, es decir, admitir

⁶⁷ Idem, Mét-IV-8.

⁶⁸ Idem, Mét-IV-3.

⁶⁹ Etchichury, op. cit. Pág. 61. En lo sustancial, enumero los puntos propuestos por el autor y sus conclusiones al respecto.

⁷⁰ Idem, pág. 62.



cualquier injusticia sólo porque existe, negando toda posibilidad de cambio. Un método crítico se interesa también por la incoherencia “entre lo que la ley dice y lo que la ley hace” y “señala las contradicciones entre soluciones distintas dadas a casos similares” a la vez que “muestra el papel del derecho en el mantenimiento de las injusticias”. En síntesis, un método crítico revela que “el derecho no es neutral”.⁷¹

Bibliografía.

Abramovich, Víctor, “El complejo de Rock Hudson”, en “No hay derecho”, 9 de abril de 2008, <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2008/04/el-complejo-de-rock-hudson-segunda.html>

Arballo, Gustavo, “Saber fallos no es saber derecho”, 19 de mayo de 2009 <http://www.saberderecho.com/2009/05/saber-fallos-no-es-saber-derecho.html>

Böhmer, Martín F., “Introducción”, en Bohmer, Martín F. (comp .), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 16.

Böhmer, Martín F., Curso de Posgrado “La Enseñanza del Derecho”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Secretaría de Posgrado, Universidad Nacional de Tucumán, 4, 5 y 6 de noviembre de 2002.

Bullard, Alfredo y Mac Lean, Ana Cecilia, “La enseñanza del derecho ¿Cofradía o archicofradía?”, en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3743478.pdf>.

Etchichury, Horacio J., “Por un método crítico de casos”, en “Derecho a la Vida - Un análisis desde el método de casos”, Rossetti Andrés – Alvarez, Magdalena I. (compiladores), *Advocatus Ediciones*, Córdoba, 2005, pág. 52.

Fucito, Felipe, “El Profesor de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Nacional de La Plata. Un estudio comparativo”, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, 2000, p. 140.

Garvin, David A., "Making the Case. Professional education for the world of practice", *Harvard Magazine*, septiembre – octubre 2003, <http://harvardmagazine.com/2003/09/making-the-case-html>

⁷¹ Idem, pág. 64.



Gordillo, Agustín, “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”, Tomo 6, “El método en derecho - La administración paralela”, capítulo IV “Análisis de fallos”, Mét-IV-7, 2ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012 disponible en http://www.gordillo.com/pdf_tomo6/01/cap04.pdf.

Gordon, Robert W., “Legal Education in the United States: Origins and Development”, Issues of Democracy, agosto 2002, en <http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0802/ijde/gordon.htm>.

Gordon, Robert W., “Distintos Modelos de Educación Jurídica y las Condiciones Sociales en las que se Apoyan”, en <http://www.yale.edu/lawweb/lawfac/fiss/penas.pdf>.

Hernández Contreras, Carlos, “El comentario de sentencia. Método de trabajo para estudiantes de Derecho”, disponible en www.scribd.com/doc/306290160/4-El-Comentario-de-Sentencia-Carlos-Hernandez-Contreras

Kronman, Anthony, “The Socratic Method and the Development of the Moral Imagination”, The University of Toledo Law Review, Vol. 31 n° 4, Summer 2000, en http://law.utoledo.edu/lawreview/publication_archives/v31_n4_summer2000/kronman.html

Lasswell, Harold D. y McDougal, Myres S., “Enseñanza del derecho y políticas públicas: entrenamiento profesional para el interés público”, en Bohmer, op. cit., p. 74.

Levin, Mark, “Legal Education for the Next Generation: Ideas from America”, en <http://www.cmmi.gr.jp/effort/pdf/levin.pdf>.

Mac Lean, Ana Cecilia, “Toma el atajo, Joe”, en <http://docslide.us/education/toma-el-atajo-joe.html>.

Miller, Jonathan M., “El método de casos y la educación legal en la Argentina”, Lecciones y Ensayos N° 48, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA, Astrea, Buenos Aires, 1987.

O’Donnell, Gastón, “Aportes a la discusión sobre el método de casos en la enseñanza del derecho”, en http://www.educ.ar/educar/superior/biblioteca_digital/disciplinas/verdocbd.jsp?Documento=107180.

Olivos M., Carlos, “Los Obstáculos al Cambio en la Enseñanza del Derecho”, en <http://www.colegioabogados.cl/revista/20/articulo4.htm>.

Patterson, Dennis, “Langdell’s legacy”, Northwestern University Law Review, vol. 90, 1995, p. 196.



Peña González Carlos, “Notes on lawyers and legal training”, en <http://web.archive.org/web/http://islandia.law.yale.edu/sela/penas.pdf>

Pitrau, Osvaldo F. y Rolleri, Gabriel, “Casos de derecho sucesorio”, 2ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, XXIII.

Slaibe, María Eugenia, “Claves para analizar un fallo”, Revista Universitaria La Ley, 2000-5-25.

Slaibe, María Eugenia, “La función de la jurisprudencia en el aprendizaje del derecho”, Revista Universitaria La Ley, 1999-2-4.