

## LA CIENCIA JURÍDICA EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Anna RICHTER (CONICET)\*

---

Fecha de recepción: 7 de junio de 2021

Fecha de aceptación: 22 de febrero de 2022

### Resumen

Una de las preguntas más desconcertantes que se nos puede hacer a quienes investigamos y escribimos sobre el derecho es la pregunta por la utilidad de la ciencia jurídica. Más allá del disfrute personal de obtener conocimiento y agrandar las bibliotecas jurídicas con artículos que llevan nuestros nombres, ¿cuál es el aporte que brinda esta tarea a la comunidad jurídica y a toda la sociedad? En este trabajo intentaré argumentar que la ciencia jurídica, y con ello la dogmática penal, no solo brinda un servicio importante a la sociedad, sino también que esa tarea requiere de un tipo de enseñanza jurídica específica, que se podría llamar el método de casos. Para ello presentaré primero algunas observaciones sobre las posibles tareas de la ciencia jurídica y, segundo, analizaré qué tipo de formación se requiere para realizar tales tareas. En un tercer punto me ocuparé de algunos desafíos pendientes respecto de la investigación y enseñanza jurídica que todavía no parecen recibir la atención que merecen.

*Palabras clave:* ciencia jurídica – enseñanza – dogmática – investigación – derecho penal

**Title:** Legal Science and Law Education

### Abstract

---

\* CONICET-UNC-CIJS, UES21, [anna.e.m.richter@gmail.com](mailto:anna.e.m.richter@gmail.com). Abogada por la Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich, Alemania; Magister en Global Rule of Law por la Universidad de Génova, Italia; Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Ludwig-Maximilian, Múnich, Alemania y la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina en co-tutoría. Docente en la Universidad Empresarial Siglo 21 y la Universidad Nacional de Córdoba. Actualmente becaria posdoctoral de CONICET.

One of the most perplexing questions that can be asked of those of us who research and write about the law is the question of the usefulness of legal scholarship. Beyond the personal pleasure of gaining knowledge and adding to law libraries with articles bearing our names, what contribution does it make to the legal profession and to society as a whole? In this paper I will try to argue that legal scholarship, and with it criminal law theory, not only provides an important service to society, but also that this task requires a particular kind of legal teaching, which could be called the case method. To this end, I will first make some remarks about the possible tasks of legal scholarship, and secondly, I will analyse what kind of training is required to carry out such tasks. Thirdly, I will address some outstanding challenges to legal research and teaching that still do not seem to receive the attention they deserve.

*Keywords:* legal science – teaching – legal theory – research – criminal law

**Sumario: I. Introducción; II. La tarea de la ciencia jurídica; III. Implicaciones para la enseñanza del derecho; IV. Desafíos pendientes; V. A modo de cierre; VI. Bibliografía**

## **I. Introducción**

Una de las preguntas más desconcertantes que se nos puede hacer a quienes investigamos y escribimos sobre el derecho es la pregunta por la utilidad de la ciencia jurídica. Más allá del disfrute personal de obtener conocimiento y agrandar las bibliotecas jurídicas con artículos que llevan nuestros nombres, ¿cuál es el aporte que brinda esta tarea a la comunidad jurídica y a toda la sociedad? En este trabajo intentaré argumentar que la ciencia jurídica, y con ello la dogmática penal, no solo brinda un servicio importante a la sociedad, sino también que esa tarea requiere de un tipo de enseñanza jurídica específica, que se podría llamar el método de casos. Para ello presentaré primero algunas observaciones sobre las posibles tareas de la ciencia jurídica y, segundo, analizaré qué tipo de formación se requiere para realizar tales tareas. En un tercer punto me ocuparé de algunos desafíos pendientes respecto de la investigación y enseñanza jurídica que todavía no parecen recibir la atención que merecen.

## **II. La tarea de la ciencia jurídica**

Cuando se discuten las posibles tareas de la ciencia jurídica, generalmente se mencionan dos actividades diferentes. Por un lado, la identificación y sistematización de las normas y, por el otro,

una forma de proceder más proactiva, que incluye no solo el análisis crítico de las normas en términos de antinomias o lagunas, sino también propuestas prescriptivas o normativas que van más allá de la normativa existente.

Esta distinción entre las actividades descriptivas y prescriptivas no es menor. De esta dependen por un lado las tareas específicas que deben realizar quienes pretenden hacer ciencia jurídica y, por el otro, ha de determinarse con base en esta el criterio de corrección o la dirección de ajuste para evaluar la labor jurídica. Si la tarea de la dogmática jurídica se limita a una sistematización descriptiva de las normas, entonces el criterio de corrección para las teorías dogmáticas se encuentra en los textos normativos mismos y sus interpretaciones. En ese caso, la labor de la ciencia jurídica consiste en la elaboración de teorías descriptivas que puedan explicar las normas existentes y eventualmente han de adaptarse si no pueden dar cuenta de toda la normativa. Si, en cambio, se considera que la actividad de la dogmática jurídica debe consistir en el desarrollo de guías prescriptivas, en las que se deben orientar, y eventualmente a las que se deben adaptar las reglas del ordenamiento jurídico, entonces el criterio de corrección para las teorías dogmáticas no pueden ser solo los textos jurídicos o sus interpretaciones. Más bien, se tendría que buscar un punto de referencia externo a la normativa.

Una posible manera de determinar el rol de la teoría en el derecho penal consiste en dirigir la mirada a otros campos científicos en los que se desarrollan teorías. Así, emulando de alguna manera las ciencias empíricas, la función de las teorías consiste en la explicación de normas existentes y en la inferencia de principios o reglas existentes, pero no normadas.<sup>1</sup> Aplicado al campo jurídico significa que el valor de una teoría se mide primordialmente por su capacidad de explicar las reglas establecidas por el legislador. Con ello, la dirección de ajuste es teoría-a-ley; la teoría ha de corresponderse con las determinaciones legales, no al revés.

Este enfoque tiene dos ventajas. Primero, logra establecer un criterio común para el desarrollo de teorías en las ciencias sociales y naturales y, segundo, la identificación y consiguiente sistematización de las reglas jurídicas es, sin duda, una tarea importante para cualquier sistema jurídico. Mediante estas tareas se determina "el contenido de la proposición jurídica para ver qué

---

<sup>1</sup> Sobre esta forma de entender la ciencia jurídica (entre otras) véase NINO, *Consideraciones sobre la Dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pp. 78 s. Bajo esa concepción (que no es única), el desarrollo de teorías jurídicas debería atenerse a las mismas reglas que la elaboración de teorías en las ciencias naturales.

casos concretos de la vida son subsumibles en ella”,<sup>2</sup> lo que permite alcanzar una justificación interna de la decisión tomada, a saber, la verificación de que la solución obtenida se puede basar en las dos premisas del silogismo jurídico, la norma general y los hechos correspondientes.<sup>3</sup> Con ello, las actividades de identificación y sistematización del cuerpo normativo forman el núcleo de la actividad jurídica. Además, son indispensables para detectar eventuales contradicciones o lagunas y buscar coherencia dentro del ordenamiento jurídico. Así, la sistematización “permite evaluar permanentemente ‘qué se sigue de’ ciertas asunciones en ciertas partes de la estructura de un modo expeditivo y exhaustivo”.<sup>4</sup> Por último, las actividades de identificación y sistematización permiten descifrar el tipo de sociedad que forman las leyes dado que el ordenamiento jurídico determina de manera relevante la vida en nuestras sociedades. P. ej., establece nuestros derechos y deberes para con los y las demás y da forma a nuestras relaciones comerciales y laborales. Para poder identificar el tipo de sociedad que forman las leyes, es preciso sistematizarlas y ponerlas en relación.

Pero no ha de perderse de vista que el objeto de estudio de las ciencias jurídicas no son fenómenos naturales independientes de los humanos como en las ciencias exactas o en algunos ámbitos de la física, la geología o la biología. Más bien, los textos normativos son construcciones sociales que bien podrían tener otro contenido.<sup>5</sup> Por ello, la ciencia jurídica no está limitada a la identificación y sistematización del cuerpo normativo. Puede tomar partida en la elaboración y el desarrollo de las normas jurídicas. Incluso puede argumentarse con buenas razones que la ciencia jurídica debe involucrarse en el análisis crítico de la legislación vigente y, eventualmente en la propuesta de *lege ferenda*. Estas tareas pueden describirse como justificación externa del silogismo jurídico, pues se refieren a la evaluación de las premisas mismas y con ello permiten el análisis de las normas con base en sus efectos o su compatibilidad con determinados fines perseguidos en pos de algún valor (p.ej., entre otros, la convivencia en sociedad). Si, como he sostenido arriba, el ordenamiento jurídico da forma a ámbitos elementales de nuestras vidas, entonces la realización de las ciencias jurídicas con mirada crítica puede contribuir a mejorar la normativa para dar respuestas a nuevos problemas sociales o incluso para moldear una sociedad mejor según una cierta perspectiva. Puede servir para identificar las leyes, instituciones e intervenciones estatales que necesitamos para resolver fenómenos novedosos y acercarnos a la sociedad que queremos tener. Bajo este marco hay

---

<sup>2</sup> GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 44.

<sup>3</sup> ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 213 s.

<sup>4</sup> PERALTA, “Dogmática penal y seguridad jurídica”, en *Revista de la Facultad*, vol. VI, n.º 1 nueva serie II, 2015, p. 133.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, “Sobre la enseñanza del derecho”, en *Boletín informativo. Jueces y Jueces para la Democracia*, n.º 82, enero 2021, p. 12.

que analizar críticamente la legislación vigente, ponderar diferentes interpretaciones del texto normativo con miras a sus efectos sociales y, eventualmente, se pueden hacer propuestas de *lege ferenda* cuando el ordenamiento jurídico existente no ofrece una solución satisfactoria para algún problema determinado. Es cierto que las y los juristas no son los únicos que pueden contribuir al desarrollo de la sociedad mediante leyes e instituciones estatales. En esa tarea también están involucrados políticos y políticas, integrantes de ONGs, científicas y científicos de las ciencias políticas, militantes políticos y muchas otras personas. Sin embargo, a las y los juristas les toca un rol particular, porque están más familiarizados con el cuerpo normativo, las diferentes interpretaciones de los textos normativos y su aplicación a los casos concretos. Este conocimiento técnico específico hace que su aporte sea especialmente valioso para la labor de la justificación externa del silogismo judicial.<sup>6</sup>

Por otro lado, ese involucramiento prescriptivo de las y los juristas en la identificación y el desarrollo normativo no solo parece ser deseable, sino inevitable. Como es conocido, es discutido si el conocimiento del texto normativo basta para poder captar la norma, o si, como defiende una opinión fuerte en la ciencia jurídica, existe una diferencia entre el texto normativo y la norma.<sup>7</sup> Según esa posición, para extraer la norma del texto normativo se requiere un acto mental, la llamada interpretación. Si bien es debatido si hace falta interpretar todos los textos normativos, parece haber consenso en que por lo menos algunos textos requieren de algún tipo de interpretación para poder llegar a la norma. Entonces, la actividad jurídica es —por lo menos en parte— prescriptiva y depende de una decisión individual del o de la agente. Por ello, las visiones del mundo y las posiciones personales de las y los intérpretes jurídicos influyen inevitablemente en el ordenamiento jurídico, lo que hace especialmente importante tener en cuenta sus trasfondos y fomentar su mirada crítica, también respecto de las propias limitaciones y sesgos.<sup>8</sup>

De ello se puede concluir que la ciencia jurídica debe estar preparada para realizar ambas actividades: la sistematización es necesaria para poder captar el contenido y alcance del

---

<sup>6</sup> FERRAJOLI, *supra* nota 5, pp. 19 s., va más allá de estos razonamientos y constata un alejamiento de la política de los principios de justicia —provenientes de las constituciones y de las teorías políticas—, con lo que el rol de la ciencia jurídica como protectora de tales principios se volvería aún más importante.

<sup>7</sup> GUASTINI, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, pp. 3 ss.; MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 121 ss.

<sup>8</sup> Una mirada muy crítica sobre la influencia ideológica de las facultades de derecho en sus estudiantes es proporcionada por KENNEDY, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en COURTIS (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 549-577.

ordenamiento jurídico y a la vez es un paso indispensable para el desarrollo del derecho hacia una sociedad mejor, independientemente de cómo se define tal sociedad “mejor”.

### **III. Implicaciones para la enseñanza del derecho**

Con lo anterior pretendo haber establecido que las tareas de sistematizar y de cuestionar críticamente el derecho son importantes para el desarrollo de nuestras sociedades. A partir de allí surge la pregunta de cómo se puede asegurar la existencia de personas aptas para realizar ambas actividades. Si no queremos confiar en que la suerte nos regale suficientes mentes agudas que se desempeñan en la ciencia jurídica, hay que adaptar la enseñanza del derecho de tal manera que fomente la adquisición de las habilidades necesarias para realizar tanto tareas de sistematización como actividades de análisis crítico y desarrollo del derecho.

Para encontrar tal sistema presentaré tres estilos diferentes que se pueden encontrar en la enseñanza del derecho y que aquí llamaré el método teórico, el método de fallos y el método mixto. Estos estilos no solo se expresan en los manuales de derecho a los que recurren los y las estudiantes de grado, sino también en la presentación del contenido en clase y en la forma de evaluar el aprendizaje en la carrera de derecho. Ha de aclararse que las clasificaciones aquí realizadas no siempre se encuentran de manera tan pura en la realidad. Más bien, son construcciones teóricas e ideales para aprehender la realidad. Así, la enseñanza del derecho en las diversas universidades puede presentar formas mixtas o matices de los tres estilos. En una misma universidad incluso puede haber cátedras que aplican estilos diferentes. Lo que aquí se pretende hacer es una presentación de los estilos que mayormente se aplican en la enseñanza del derecho, sin descartar que puede haber desviaciones o variaciones de esas corrientes mayoritarias.

#### **1. Método teórico**

Llamaré al primer tipo de enseñanza “método teórico”, porque se centra sobre todo en la enseñanza de los textos normativos y algunas de sus posibles interpretaciones. Esta manera de enseñar el derecho se aplica generalmente en las facultades de derecho de la Argentina y de España. Allí, el foco está puesto en la memorización de textos normativos, el aprendizaje de definiciones y la presentación de diferentes teorías de interpretación y sistematización de la normativa. Como ya se ha mencionado arriba, la determinación de las normas a menudo solo es posible con base en la interpretación del texto normativo. Por ello, el método teórico no se limita meramente a enseñar los textos normativos, sino que se extiende también a inculcar algunas interpretaciones de esos

textos, especialmente las interpretaciones desarrolladas por la dogmática. Estas interpretaciones a menudo están vinculadas a ciertos intentos de sistematización del derecho, p. ej., cuando se recurre a la interpretación gramatical o sistemática,<sup>9</sup> por lo que la enseñanza teórica también brinda conocimientos sobre las estructuras sistematizadoras del derecho.

Si se observan los manuales jurídicos usados en muchas facultades jurídicas argentinas y españolas, llama la atención su enfoque en tales cuestiones teóricas y en las discusiones dogmáticas.<sup>10</sup> Si bien se cita jurisprudencia, esta generalmente se encuentra en las notas al pie y no cobra un rol preponderante: se hallan pocos resúmenes de fallos o casos ficticios para ilustrar y enriquecer las discusiones teóricas. La evaluación reproduce este enfoque en la teoría, pues los exámenes consisten en preguntas específicas —a veces incluso a modo de un cuestionario de múltiple opción— que permiten determinar si el o la estudiante ha aprendido de memoria los problemas jurídicos planteados de manera teórica, pero no se le exige solucionar un caso mediante la aplicación de los conocimientos jurídicos a la práctica.

Este método tiene la ventaja de permitir una evaluación rápida y simple de los conocimientos adquiridos, porque no requiere de la corrección de soluciones de casos. Sobre todo, en universidades que no disponen de mucho personal y donde los y las docentes no solo trabajan como tales, sino que a la vez litigan o se desempeñan en el poder judicial, ese ahorro de trabajo es un punto a favor del método teórico. Asimismo, para los y las estudiantes tiene la ventaja de permitir el aprendizaje de memoria sin requerir ulteriores esfuerzos. Pero ello conlleva la desventaja de no brindar una adecuada preparación para la vida laboral, en la que la exacta definición del dolo es menos relevante que poder reconocerlo en un caso concreto. Además, esta forma de enseñanza es demasiado estática como para despertar el pensamiento crítico que sería necesario para un análisis profundo de la legislación existente y el desarrollo de propuestas normativas aptas para nuevos desafíos sociales. Para ello hace falta un tipo de enseñanza dirigido a estimular el pensamiento propio y crítico de los y las estudiantes. Es decir, no solo habría que proveerles de conocimiento sobre el texto literal de la normativa vigente y enseñarles diferentes tipos de interpretación, también habría que fomentar las capacidades de argumentación y aplicación de la normativa a diferentes casos y escenarios.

---

<sup>9</sup> Sobre las diferentes categorías de argumentos interpretativos véase, p. ej., MACCORMICK, *supra* nota 7, pp. 124 s.

<sup>10</sup> Solo a modo de ejemplo: MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2015; ZAFFARONI / ALAGIO / SLOKAR, *Manual de derecho penal: parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.

## 2. Método de fallos

Debido a los problemas que plantea el método teórico se podría pensar en una segunda manera de enseñar el derecho, que llamaré la enseñanza mediante fallos o el método de fallos. En esta, los conceptos clave del derecho son presentados a través de fallos reconocidos de los altos tribunales. Este estilo pedagógico tiene sus orígenes en los Estados Unidos, donde Christophorus Columbus Langdell, un profesor de la escuela de derecho de Harvard, en la segunda mitad del siglo XIX propuso enseñar el derecho mediante el análisis de fallos jurisprudenciales.<sup>11</sup> Esta propuesta se basa en la percepción de que las sentencias judiciales no son ejemplos del derecho, sino que constituyen la fuente misma del derecho. Esa comprensión de los fallos como fuente del derecho generalmente se denomina *case law* y es defendida en el ámbito jurídico anglosajón del *common law*, en el que el estudio de los fallos anteriores, los llamados precedentes, permite conocer no solo la aplicación del derecho, sino también su contenido. Este conocimiento del derecho se basa en la aplicación del razonamiento inductivo, según el cual se pueden inducir los principios básicos del derecho de los fallos relevantes. Estos principios se expresan en la *ratio decidendi* o el *holding* del caso, donde la justificación jurídica de la sentencia es presentada en la forma de una regla general y abstracta.<sup>12</sup> Para determinar las normas vigentes en esos ámbitos jurídicos, el análisis de fallos es entonces de suma relevancia.

Un ejemplo de este estilo enfocado en fallos es el manual que usa la *Harvard Law School* en su curso de la parte general del derecho penal en el primer año de la carrera de derecho.<sup>13</sup> En este, los conceptos clave del derecho son presentados recurriendo a fallos reconocidos y las diferentes definiciones de esos conceptos que defendieron los tribunales en varias ocasiones. En los Estados Unidos, no solo la presentación del material de estudio, sino también la evaluación de los y las

---

<sup>11</sup> ETCHICHURY, "Por un método crítico de casos", en ROSSETTI / ÁLVAREZ (comps.), *Derecho a la vida, un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2005, p. 52.

<sup>12</sup> KRIELE, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., Münster, LIT, 2004, p. 32.

<sup>13</sup> KADISH / SCHULHOFER / BARKOW, *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*, 10.ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2016. Otro ejemplo, esta vez de la Argentina, es el libro de CARRIÓ, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008, en el que presenta los principios básicos del derecho penal y procesal penal tal como fueron entendidos y aplicados por los tribunales argentinos.

estudiantes se basa en fallos. Así, los exámenes generalmente consisten en la solución escrita de un caso ficticio o real que se asemeja a los fallos vistos en clase.<sup>14</sup>

En el estilo de fallos, el foco está puesto en el análisis de fallos reales. Esto les permite a los y las estudiantes ver cómo los tribunales argumentan y resuelven casos y cómo el derecho funciona en la práctica y no solo en la teoría. Además, les muestra que a menudo no existe una única solución para un caso, lo que significa que la solución no se puede deducir de la ley como si fuera una ecuación matemática, sino que los jueces y las juezas interpretan los textos legales y les dan su significado.

Una desventaja de esa manera de enseñar el derecho consiste en su falta de teorización y sistematización. Si se pone el enfoque principal en las soluciones judiciales, no hay mucho lugar para discusiones teóricas o esquematizaciones, que generalmente son dejadas de lado por los tribunales, porque estos se centran en un caso determinado y no permiten el tratamiento de cuestiones generales y abstractas. Pero tales discusiones más generales pueden ser aclaratorias para entender el derecho como un todo y para comprender las conexiones entre diferentes conceptos. Lo mismo vale para la esquematización del derecho que puede ayudar a distinguir y ordenar diferentes tipos y niveles de problemas jurídicos. Además, el acercamiento teórico al derecho permite un enfoque prescriptivo y no solo descriptivo del derecho, pues posibilita un estudio crítico del derecho vigente y la propuesta de nuevas formas de resolver los problemas jurídicos.

Con ello, el método de fallos tampoco es adecuado para enseñarles a los y las futuras juristas todas las herramientas necesarias para sistematizar y analizar críticamente el derecho. Si bien el método de fallos resalta la contingencia de las decisiones judiciales y las normas basadas en estas, no puede proporcionar una estructura que traspase todo el ordenamiento jurídico y ponga las diferentes normas en relación.

### **3. Método mixto**

El tercer modo de enseñar el derecho que aquí se presenta es el llamado método mixto o método de casos, que combina la enseñanza teórica con la solución de casos. Detrás de este se encuentra la idea según la cual el mero conocimiento teórico todavía no es suficiente para poder

---

<sup>14</sup> Los exámenes de la escuela de derecho de Harvard de los años 1870 a 1995 se encuentran disponibles en la siguiente página: <https://hollisarchives.lib.harvard.edu/repositories/5/resources/4539>, visitado por última vez el 14 de abril de 2020 [enlace verificado el 1.º de febrero de 2023].

aplicar ese saber a un caso concreto y resolverlo.<sup>15</sup> Por ello, la teoría, es decir, el conocimiento de la legislación, sus posibles interpretaciones y las teorías que ordenan la normativa, ha de combinarse con técnicas y métodos que permiten trasladar el conocimiento teórico a una situación específica. Se trata entonces de un “entrenamiento en la búsqueda de soluciones fundadas en normas legales”.<sup>16</sup>

Este método generalmente es aplicado en las facultades jurídicas alemanas y se basa en la presentación de los problemas jurídicos tanto de manera teórica como mediante casos. En los manuales, generalmente se menciona al inicio de un capítulo un caso real o ficticio en cuya solución se aplican las teorías o definiciones relevantes.<sup>17</sup> Los exámenes consisten en la solución de casos, en los que no solo se evalúa la reproducción del conocimiento teórico, sino también su aplicación al caso concreto, así como su transmisión, es decir la argumentación y priorización de los puntos complicados por sobre los fáciles. De esta manera, el conocimiento teórico viene acompañado de un aprendizaje de “técnicas y experiencias que permiten una solución práctica”,<sup>18</sup> para preparar a las y los futuros juristas para la vida laboral.

A diferencia del método de fallos, los casos presentados no necesariamente son reales. A menudo son casos inventados por los o las docentes y autores de los manuales con el único fin de ilustrar el problema jurídico en cuestión. En el marco de ese método, las opiniones defendidas por los altos tribunales no tienen la misma relevancia que en el método de fallos. La razón es que no se trata de aprender y reproducir soluciones judiciales, sino, más bien, los casos que se usan para la aplicación de los conocimientos teóricos.

Detrás de este método se encuentra una manera particular de sistematizar y argumentar en el derecho que por un lado representa la actividad jurídica en la práctica y por el otro lado permite la inclusión de discusiones teóricas y la priorización de cuestiones difíciles que plantea el caso específico. A saber, en el caso, los problemas jurídicos se resuelven a través de una sistematización y argumentación específica. En lo que sigue presentaré el método de casos mediante problemas jurídicos conocidos y discutidos en la dogmática y la jurisprudencia penal. Me limitaré a la

---

<sup>15</sup> NAUCKE ya dijo en el 1980: “aun cuando se haya llegado a experto en el debate sobre el sistema del hecho punible, faltará, sin embargo, mucho para ser un experto en decidir casos de estafa”, *Strafrecht. Eine Einführung*, 3.ª ed., Fráncfurt a. M., Metzner, 1980, p. 330.

<sup>16</sup> BACIGALUPO, *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 8.

<sup>17</sup> Solo a modo de ejemplo: WESSELS / BEULKE / SATZGER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 49.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2019.

<sup>18</sup> BACIGALUPO, *supra* nota 16, p. 7.

argumentación y sistematización pertenecientes al derecho penal, aunque el método de casos se puede aplicar a todas las ramas del derecho. Dado que aquí no me interesa la solución específica de los casos, sino la metodología aplicada, solamente mencionaré esos problemas sin pretender analizarlos o resolverlos. Tampoco pretendo ofrecer una visión profunda y abarcativa del método de casos que habilite a las y los lectores a su aplicación en el ejercicio de la profesión o la enseñanza jurídica.<sup>19</sup> Más bien, me limitaré a presentar los elementos centrales del método, lo que estimo suficiente para poder demostrar su utilidad a los fines aquí expuestos.

La estructura que guía el pensamiento en el derecho penal —y con ello también ordena el razonamiento en el método de casos— viene dada por la teoría del delito, con lo que está sujeta a cambios según los desarrollos que se van dando y según la corriente que sigue cada penalista. Sin embargo, hoy en día la gran mayoría de las y los penalistas alemanes está de acuerdo en la estructura básica, según la cual hay que distinguir entre la tipicidad —que incluye la acción—, la antijuridicidad, la culpabilidad y, por último, los demás presupuestos de punibilidad. Dentro de esa estructura se ubican todos los problemas encontrados en el nivel que les corresponde.

Con ello se da la siguiente particularidad: si se pretende p. ej. analizar el caso de que Analía, de trece años de edad, prende fuego las bolsas de basura que sus vecinos han dejado en la vereda, no se puede saltar directamente al dato de que Analía es menor de dieciséis años y, por ende, no es imputable según el art. 1, Ley 22.278.<sup>20</sup> En su lugar, se debe seguir el esquema antes mencionado y verificar primero que al encender las bolsas de basura Analía cometió una acción penalmente relevante, es decir, una acción humana, externa y mínimamente manejable.<sup>21</sup> Luego ha de comprobarse que esa acción cumple con los requisitos de algún tipo objetivo, como p. ej. el delito de daños según el art. 183, CP. Aquí habría que discutir si las bolsas de basura dejadas en la vereda son una “cosa ajena”, tal como lo exige el art. 183, CP, o si fueron abandonadas en el sentido del

---

<sup>19</sup> Una introducción al método de casos se encuentra en RICHTER, “Pensar el derecho: el método de casos alemán”, en *Revista de la Facultad*, vol. XI, n.º 2, nueva serie II, 2020, pp. 81-102. Una presentación más profunda y abarcativa ofrece BACIGALUPO, *supra* nota 16.

<sup>20</sup> Algunos autores, como JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfurt a. M., Vittorio Klostermann, 2012, p. 24, proponen en algunos casos comenzar el análisis del caso con la culpabilidad, a saber, cuando la capacidad de culpabilidad claramente no está dada. Según JAKOBS, en ese caso la imputación penal fracasa debido a que el autor o la autora no está expresando un sentido, más bien, el hecho ha de considerarse como naturaleza. Dicho en las palabras del autor, “antes de la determinación de culpabilidad ha de quedar pendiente si existe un elemento de un sentido delictivo o naturaleza”, *ÍDEM*, p. 24 (la traducción es mía). Aun así, la propuesta central sigue siendo la misma: proceder en el análisis de un caso según un esquema preestablecido, aunque el orden del esquema pueda cambiar según la corriente teórica que se defienda.

<sup>21</sup> ROXIN, *Derecho penal. Parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997, p. 194, n.º m. 4.

art. 1947, CCyC y por ello ya no pertenecen a nadie, con lo que su destrucción sería una acción atípica según el art. 183, CP.<sup>22</sup> Asimismo, se debería mencionar la cuestión de si el art. 183, CP exige que la cosa dañada tenga algún valor económico para poder formar parte del patrimonio de otro<sup>23</sup> y, si se afirma la necesidad del valor económico, si las bolsas de basura tienen tal valor.<sup>24</sup> Si se superan esos problemas, habría que verificar la tipicidad subjetiva, es decir, el dolo de Analía y, posteriormente, la antijuridicidad de su acción. Después de haber comprobado que efectivamente existe una acción ilícita cometida por Analía, recién en el marco de la culpabilidad se plantea la pregunta por su imputabilidad, que aquí habría que rechazar por su edad. Si, en cambio, se niega que las bolsas de basura puedan ser susceptibles de ser dañadas en el sentido del art. 183, CP, porque fueron abandonadas o porque carecen de valor económico, entonces el análisis termina con el tipo objetivo y se constata la atipicidad del comportamiento de Analía sin investigar su falta de culpabilidad por inimputabilidad. Es decir, siempre se sigue el esquema mencionado hasta llegar a su fin, constatando la punibilidad o hasta llegar a un punto en el que se determina la falta de punibilidad.

De esta manera, el método de casos permite la enseñanza de varias habilidades importantes. Primero, y al igual que en el método teórico, se requiere un conocimiento sólido de la normativa, las teorías jurídicas, definiciones y métodos de interpretación. Y al igual que el método de fallos, el método de casos presupone el conocimiento de determinadas decisiones judiciales destacadas. En segundo lugar, el método de casos acerca a las y los estudiantes al pensamiento de la práctica, porque les exige solucionar casos, lo que implica la identificación de problemas jurídicos en situaciones cotidianas, la aplicación de las teorías y definiciones aprendidas a hechos, así como el constante uso de los códigos legales, tal como lo tendrán que hacer en su vida profesional. Dado que el método de casos pretende imitar en cierta medida la vida de las y los juristas prácticos, no se exige el aprendizaje de memoria de los textos normativos, sino que se incita el uso de los códigos para identificar el texto específico de la ley. En tercer lugar, el método de casos fomenta el pensamiento crítico. En la mayoría de los casos presentados a las y los estudiantes no existe una única solución posible. Más bien, quien analiza el caso se encontrará con términos que permiten diferentes interpretaciones, con principios cuya ponderación puede llevar a varios resultados y con teorías que

---

<sup>22</sup> MACAGNO, “Los daños simples y agravados”, en VITALE (dir.), *Código Penal comentado de acceso libre*, Asociación Pensamiento Penal, 2018, pp. 10 s.; KINDHÄUSER / HILGENDORF, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 8.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2019, § 242 n.º m. 14.

<sup>23</sup> Acerca de esa discusión, véase MACAGNO, *supra* nota 22, p. 8.

<sup>24</sup> KINDHÄUSER / HILGENDORF, *supra* nota 22, § 303 n.º m. 3.

proporcionan diversas consecuencias. Por ello, las y los estudiantes tendrán que decidir qué teoría o interpretación aplicarán a los problemas planteados, teniendo en cuenta los efectos que pueden tener esas teorías e interpretaciones para las posibles soluciones del caso.

Dado que el método de casos exige una solución estructurada de los problemas jurídicos presentados, enseña una visión ordenada del ordenamiento jurídico que relaciona los diferentes elementos normativos tanto entre sí como con los diferentes niveles y exigencias de la teoría del delito. De esta manera, las normas no quedan aisladas, sino que se aprecian en su contexto y en función del rol que les toca dentro de la teoría del delito. Además, esta presentación escalonada de la solución de casos y problemas jurídicos obliga a los y las estudiantes a ordenar sus ideas, a priorizar lo importante sobre cuestiones secundarias y, punto para nada menor, a presentar sus soluciones en una elaboración escrita.

Con ello, se puede concluir que el método de casos es una herramienta útil para asegurar que las y los estudiantes de derecho no solo aprendan el texto normativo y sus interpretaciones jurisprudenciales y dogmáticas, sino que también tengan en cuenta una estructura general y presten atención a las implicaciones que tienen las diferentes interpretaciones y teorías para la solución de los casos concretos. Así, desde el inicio están familiarizados con el hecho de que el derecho no es un fenómeno dado, estático e independiente de la voluntad humana, sino que es una construcción social, cuya forma y contenido depende de quienes la crean, interpretan y aplican.

La transmisión de estas habilidades es especialmente valiosa si la formación jurídica pretende formar funcionarios y funcionarias aptos para la solución de cualquier tipo de problema jurídico, tal como lo pretenden las facultades de derecho alemanas. También es útil en contextos como el argentino, en los que la abogada o el abogado no es visto (de hecho o de derecho) como un "funcionario", pero se lo considera un asistente o auxiliar.<sup>25</sup> La formación de un abogado o una abogada en cualquiera de estos casos supone la formación de un operador autorizado del sistema (sea que se lo quiera llamar "asistente-auxiliar de la justicia" o simplemente funcionario o funcionaria sin más).

---

<sup>25</sup> BINDER, *Derecho Procesal Penal, Tomo 1: Hermenéutica del proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 155 s.; BÖHMER, "Igualadores y traductores", en ALEGRE / GARGARELLA / ROSENKRANTZ (eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 366; CAFFERATA NORES / TARDITTI, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Tomo 1, artículos 1 a 300*, Editorial Mediterránea Córdoba, 2003, p. 352; CLARIÁ OLMEDO / CHIARA DÍAZ, *Derecho procesal penal, Tomo 2*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 85.

Sin embargo, el método de casos también tiene desventajas: primero, es un método que requiere de una cantidad considerable de tiempo: las y los docentes necesitan más tiempo para ese tipo de enseñanza que para una enseñanza teórica, dado que no solo han de enseñar el contenido teórico, sino que también deben reservar un espacio para la presentación y solución de casos en sus clases. Además, la preparación y corrección de exámenes basados en el método de casos requiere de más tiempo que la corrección de exámenes de múltiple opción. De esta manera, la mayor carga de tareas no les permite a las y los docentes el ejercicio de múltiples cursos. Más bien, han de limitar sus esfuerzos a pocas asignaturas. Para que esto sea factible, es decir, para que las y los docentes puedan cumplir con sus obligaciones y a la vez el ejercicio de su profesión les permita vivir de ello, se puede pensar en varias mejoras que generalmente están dadas en las universidades alemanas, pero que no se encuentran tan difundidas en las universidades argentinas. P. ej., se podría exigir cargos de tiempo completo y buenos sueldos para las y los docentes. También se podría pensar en una mejor infraestructura que incluya la existencia de oficinas equipadas con escritorios, computadoras, impresoras y demás equipamiento necesario, en personal administrativo auxiliar como secretarías y secretarios, o en asistentes de docencia e investigación que ayuden en la elaboración de las clases y la corrección de exámenes.

El método de casos no solo requiere más tiempo de las y los docentes, sino también de las y los estudiantes. Aprender algo de memoria es una tarea mucho más rápida o mecánica que comprender un tema en suficiente profundidad como para poder sacar conclusiones propias y establecer relaciones entre diferentes problemas. Por ello, la enseñanza y el aprendizaje del derecho basados en el método de casos demandará más horas de estudio y exigirá otros tipos de aprendizaje, enfocados en la producción de soluciones, no solo en la memorización del contenido dado.

Segundo, el método de casos requiere de formación y perfeccionamiento constante de las y los docentes: en el método de casos no existe una única solución para los casos presentados, más bien, se puede argumentar en diferentes direcciones y con ello llegar a resultados diversos. Por este motivo, las y los docentes deben estar familiarizados con la jurisprudencia y dogmática actual, deben conocer los debates teóricos, pero también la aplicación (o no) de las teorías en la práctica. Esto significa que se debe fomentar la formación y participación del cuerpo docente en tales discusiones, o, dicho de manera más fácil, se debe incentivar la investigación en las universidades. Por ello, la investigación debe ser parte del trabajo docente, debe ser incluida en el sueldo y el otorgamiento de cargos debería depender en parte del desempeño como investigador o investigadora. Facilitar la investigación implica también mantener las bibliotecas bien equipadas y actualizadas, así como proveer lugares de estudio para docentes y estudiantes.

Este fomento de la investigación también debe extenderse a las y los estudiantes, porque la capacidad de analizar textos, buscar bibliografía, citar correctamente y trasladar sus razonamientos al papel son habilidades necesarias para poder resolver casos exitosamente.

Como se sabe, no todos estos prerrequisitos para la implementación exitosa del método de casos están dados actualmente en las facultades de derecho de las universidades argentinas. Algunos se pueden realizar más fácilmente que otros y muchos son costosos, lo que a menudo establece un límite infranqueable para mejoras y reformas. Quizás esta visión ideal de la vida universitaria no sea completamente realizable en nuestras latitudes. Aun así, puede servir de norte, de línea directriz, cuando pensamos en reformas en la enseñanza del derecho, tanto en lo grande —en reformas universitarias o requisitos para la implementación de nuevos posgrados— como en lo pequeño —en la elaboración de un curso, un programa de estudio o un examen—.

Pese a las dificultades de implementación mencionadas, una enseñanza del derecho basada en el método de casos parece ser un camino prometedor para asegurar la clase de juristas que necesitamos para desarrollar y mejorar nuestros ordenamientos jurídicos y con ello nuestras sociedades.

#### **IV. Desafíos pendientes**

Si bien el método de casos tiene ventajas sobre el método teórico y la enseñanza mediante fallos, también tiene falencias. Aparte de los costos y dificultades de implementación en sistemas universitarios menos equipados, mencionaré dos puntos que merecen mejoras y revisiones.

##### **1. Fundamentación de la normativa en teorías políticas**

La primera propuesta se refiere a los fines que deberían perseguirse con las normas jurídicas y a los límites que han de tenerse en cuenta en la persecución de esos fines. Si se toma en serio la afirmación de que el derecho es un mecanismo para guiar y moldear la sociedad, entonces, primero habría que elegir qué tipo de sociedad se pretende alcanzar. Como es sabido, esa elección se realiza mediante las llamadas teorías políticas y morales. Una vez que se ha establecido cuál configuración social se persigue, habría que seleccionar las normas y principios necesarios para dar cuenta de las exigencias establecidas por la teoría política en cuestión. En este mismo sentido, FERRAJOLI afirma incluso que “los padres constituyentes del moderno estado de derecho fueron, bastante más que los

juristas o los gobernantes, los filósofos de la política, de Thomas Hobbes a John Locke y a Montesquieu, de Beccaria a Kant y a Stuart Mill”.<sup>26</sup>

En algunos casos, la conexión entre las normativas jurídicas y las teorías políticas es clara, como en la interpretación de derechos fundamentales. Allí, la discusión sobre el alcance y contenido de principios como la libertad personal depende en gran medida de las asunciones que se aceptan respecto del rol del Estado o las obligaciones y libertades de las personas para con las y los demás.<sup>27</sup>

Otro ejemplo, esta vez proveniente del derecho penal, es el siguiente razonamiento conocido: el derecho penal es considerado la *ultima ratio* del Estado, la última herramienta que solo se puede aplicar a casos gravísimos y en situaciones en las que otras soluciones del conflicto social no tienen efecto.<sup>28</sup> En la dogmática penal centroeuropea esta idea ha sido retomada en la exigencia de que el derecho penal solo debería aplicarse para la protección de los llamados bienes jurídicos,<sup>29</sup> mientras que en el ámbito anglosajón se exige para los mismos fines una infracción del principio del daño.<sup>30</sup> Si bien estas dos herramientas de delimitación difieren en algunos aspectos y cada una presenta problemas específicos, pueden compartir un ámbito común: los derechos individuales de las personas y la exigencia del *neminem laedere*,<sup>31</sup> es decir, de un deber fundamental de no dañar a los demás.

Esta obligación básica de no dañar a otros se basa en dos ideas de estirpe liberal: la concesión de una libertad lo más amplia posible para cada persona y la percepción de esa libertad en sentido

---

<sup>26</sup> FERRAJOLI, *supra* nota 5, p. 14.

<sup>27</sup> En el mismo sentido CESANO, “Metodología de la ciencia jurídico-penal”, en LARIGUET (comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Córdoba, Editorial Brujas, 2016, p. 460; ALEXI, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 28, 2003, p. 35.

<sup>28</sup> ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª edición, Múnich, C. H. Beck, 2006, § 2 K n.º m. 97; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1969, p. 6.

<sup>29</sup> Según ROXIN, *supra* nota 28, § 2 C n.º m. 7, los bienes jurídicos comprenden “todas las circunstancias o finalidades [...] necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en esos objetivos” (la traducción es mía).

<sup>30</sup> Solo a modo de ejemplo: HARCOURT, “*Mill’s On Liberty and the Modern ‘Harm to Others’ Principle*”, en DUBBER (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford Academic, 2014, pp. 163 ss.; FEINBERG, *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 1: Harm to Others, Oxford Academic, 1984.

<sup>31</sup> WELZEL, *supra* nota 28, p. 5.

negativo,<sup>32</sup> como una garantía contra las interferencias de terceros. Este principio de libertad negativa forma el núcleo de las teorías liberales.<sup>33</sup> Con ello, en el ámbito del pensamiento liberal, las obligaciones básicas de las personas para con las y los demás también se ven expresadas en ese principio de libertad negativa: han de respetar las libertades de terceros y *prima facie* no les es permitido interferir en estas.

De esta manera, la teoría liberal puede proveer un fundamento para la prohibición penal de aquellos actos que dañan a terceros porque interfieren gravemente en sus esferas de libertad.

Sin embargo, la conexión entre las teorías políticas —especialmente el liberalismo— y las normas penales se puede desdibujar cuando no se analizan los principios básicos, sino las normas infraconstitucionales específicas. P. ej., muchos ordenamientos penales contienen obligaciones que van más allá de una mera no infracción de los derechos de las y los demás y por ende no pueden justificarse con el deber liberal de proteger las libertades de las y los ciudadanos.

Un ejemplo claro para ello es el “falso testimonio” y el “perjurio” que se encuentran en muchos Códigos penales, como el argentino, que sanciona el falso testimonio en su art. 275, o el español, que sanciona el falso testimonio de testigos en su art. 458 y el falso testimonio de peritos e intérpretes en su art. 459, el Código penal alemán (*Strafgesetzbuch*, StGB), que sanciona tanto la declaración falsa no juramentada (§ 153, StGB) como el perjurio (§ 154, StGB), así como en el art. 241 del *Model Penal Code* de los EE.UU., que se refiere a diferentes tipos de falsedades.

Todas estas normas comprenden la obligación de la o del testigo, perito o intérprete de no mentir ante un tribunal penal. Con ello, a este grupo de personas se les exige algo más que la mera no interferencia en las libertades de otros, se les pide una colaboración activa en la investigación de los hechos bajo juicio. Tal deber de colaboración no puede basarse directamente en el principio

---

<sup>32</sup> BERLIN, “Two Concepts of Liberty”, en HARDY (ed.), *Isaiah Berlin, Liberty, Incorporation Four Essays on Liberty*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 169 s.

<sup>33</sup> RAWLS, *Teoría de la Justicia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 67, lo expresa explícitamente en su primer principio de justicia (“Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás”) y le da primacía sobre el segundo principio de las desigualdades económicas y sociales. La misma idea se encuentra, de manera más radical, en NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishers, 1974, pp. 30 s., quien permite aún menos limitaciones de esa libertad básica que RAWLS.

liberal de la libertad negativa, sino que requiere de una fundamentación más rebuscada.<sup>34</sup> Esto demuestra que no todas las normas penales existentes tienen una base clara en los principios liberales.

Si se toma en serio la afirmación de que el derecho es un mecanismo para darle forma a nuestras sociedades, entonces habría que revisar toda la normativa a la luz de la teoría política que se considera conveniente para alcanzar una determinada conformación de la sociedad. Eso significa que tanto las normas existentes como las nuevas propuestas normativas deberían poder justificarse por su aporte al desarrollo de la sociedad. Cuáles normas serán justificadas y cuáles no dependerá de las teorías políticas subyacentes y de las necesidades de desarrollo de la sociedad en cuestión.

Esta propuesta cobra especial relevancia si se tiene en cuenta la inevitable influencia de las miradas personales en la interpretación del derecho. Disponer de conocimientos de teoría política puede ayudar a las y los juristas a darse cuenta de sus propios posicionamientos políticos, de sus privilegios o de la relevancia que ha tenido su clase social en su desempeño laboral.

Para que la ciencia jurídica pueda incluir tales consideraciones en sus análisis normativos, la enseñanza jurídica tendría que extenderse a la presentación de las teorías políticas y morales y a los razonamientos subyacentes, como el equilibrio reflexivo.<sup>35</sup>

## 2. Evaluación de la funcionalidad de la normativa

Dentro del marco de acción establecido por la teoría política elegida para garantizar la convivencia, cobra importancia mi segunda propuesta. Esta consiste en incluir en el análisis de la normativa vigente y especialmente en el desarrollo de nuevas propuestas normativas un punto de vista pragmático mediante el cual se evalúa la utilidad de las medidas impuestas para alcanzar los fines perseguidos. Hasta ahora, la ciencia jurídica, tanto en Alemania como en la Argentina, presta

---

<sup>34</sup> Se podría pensar en una fundamentación a través de la necesidad de asegurar el buen funcionamiento del proceso penal que se podría ver amenazado ante mentiras de testigos y peritos. Sin embargo, esto no podría justificar mentiras irrelevantes para el proceso u obviamente falsas que no engañan a nadie y por ende no interfieren negativamente en el proceso. Otra posibilidad consiste en buscar una fundamentación fuera del liberalismo, p. ej., a través de una concepción social de la libertad que requiere la colaboración de las y los ciudadanos. Aquí no pretendo resolver el problema de la justificación del falso testimonio, solo quiero usarlo como ejemplo para una normativa ampliamente reconocida, cuyos fundamentos no saltan a la vista.

<sup>35</sup> Un ejemplo para la propuesta de incorporación de conocimientos provenientes de las teorías políticas y morales a la ciencia jurídica es el texto de SELEME, "El método del equilibrio reflexivo y su uso en el derecho", en LARIGUET, (comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Córdoba, Editorial Brujas, 2016, pp. 167-174.

poca atención a la verificación empírica de las asunciones que la dogmática elabora sobre el funcionamiento del derecho. Es decir, si bien la dogmática penal supone que la existencia de las normas incide en el comportamiento de los ciudadanos y las ciudadanas, y pretende guiar esas acciones mediante permisiones y prohibiciones legales, existe poca verificación empírica de esas asunciones. Por un lado, la dogmática generalmente no incluye en sus razonamientos los estudios empíricos existentes sobre la influencia de normas o sanciones en el comportamiento humano. La ciencia jurídica tampoco inicia tales estudios para determinar los efectos de nuevas normas y no recurre a métodos empíricos para evaluar la eficacia de determinadas normas.<sup>36</sup> Sin embargo, si se toma en serio la afirmación de que el ordenamiento jurídico es una herramienta para guiar el comportamiento humano y, especialmente en el derecho penal, para evitar acciones dañinas,<sup>37</sup> entonces la comprobación de la hipótesis de que una determinada medida tendría tal o cual efecto tendría que considerarse una parte esencial del análisis normativo.<sup>38</sup> Pues, si la norma no alcanza los fines deseados, su justificación se vuelve más dificultosa.

Aunque acabo de indicar que la evaluación de la efectividad de las normas debería formar un elemento indispensable en el análisis dogmático, no quiero ocultar que su realización plantea desafíos. Por un lado, habría que incrementar la enseñanza de métodos empíricos en la formación jurídica para proveer a las y los estudiantes de las herramientas necesarias para la realización de los análisis aquí propuestos. Por otro lado, habría que afinar y adaptar los métodos y estudios disponibles a las particularidades del derecho penal. Pues, el análisis económico del derecho con el que actualmente se cuenta se basa en gran parte en estudios en situación de laboratorio que no toman en cuenta las motivaciones específicas en situaciones en las que se tienen que ponderar las

---

<sup>36</sup> En los países angloamericanos y de *common law* hay una mayor propensión a la verificación empírica de las asunciones normativas. Un ejemplo es el análisis de los efectos de la limitación del derecho a guardar silencio en diferentes ordenamientos jurídicos en O'REILLY, "England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice", en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85, n.º 2, pp. 430 ss. con muchas más menciones.

<sup>37</sup> La asunción de que el derecho penal puede incidir en el comportamiento humano está fuertemente anclada en la ciencia jurídica, como demuestran las conocidas teorías preventivas de la pena. En estas se afirma que la imposición de una pena está justificada porque previene futuras infracciones penales, lo que presupone que las personas tienen en cuenta la posibilidad de una sanción penal cuando deciden qué acciones realizar y cuáles no. Con respecto a ello véase p. ej. ROXIN, *supra* nota 28, § 3 n.º m. 11 ss.

<sup>38</sup> En una dirección parecida va el razonamiento de GRECO, "Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal", en *Discusiones*, n.º 8, 2008, pp. 177 ss., según el cual la dogmática penal no debe limitarse a plantear los grandes temas, a saber, las construcciones teóricas de la teoría del delito, como p. ej. el derecho penal del enemigo o las corrientes del garantismo o funcionalismo. Más bien, debería preocuparse en igual medida por los problemas concretos de aplicación de las teorías abstractas. Si bien GRECO limita su razonamiento a las preguntas dogmáticas en sentido estricto, y no incluye el reclamo por una verificación empírica de las asunciones hechas, creo que coincidimos en la exigencia de prestar atención a los efectos de las construcciones teóricas.

ventajas y desventajas de la comisión de delitos. Por ello, se tendrían que adaptar los métodos de relevamiento y evaluación de datos a las particularidades del derecho penal.<sup>39</sup> Además, habría que reforzar el análisis de situaciones reales antes y después de la implementación de nuevas normativas para poder determinar su eficacia en una sociedad determinada.

## V. A modo de cierre

En este trabajo intenté argumentar a favor de una ciencia jurídica involucrada tanto en la sistematización del ordenamiento jurídico, como en el análisis crítico de la normativa existente y el desarrollo de nuevas propuestas normativas. Para asegurar que las y los juristas tengan los conocimientos y herramientas necesarios para realizar estas tareas, propuse una enseñanza basada en el método de casos. Este método logra combinar los conocimientos teóricos con las destrezas prácticas para formar juristas capaces de brindar soluciones no solo en casos fáciles o conocidos, sino también en casos más difíciles que requieren de pensamiento crítico y fomentan una mirada integral del ordenamiento jurídico.

Por último, presenté dos cuestiones todavía desatendidas en la discusión dogmática: la inclusión de las teorías políticas y morales en la justificación de la normativa y la revisión empírica de los efectos de las instituciones y normas jurídicas. Su incorporación en los debates jurídicos no solo enriquecería la discusión, sino que también daría nuevas pautas para la valoración y justificación de las normas existentes y propuestas. Ambas cuestiones pueden verse como ejemplos de una propuesta más general a favor de una mayor interdisciplinariedad entre las diferentes áreas de conocimiento dentro y fuera del ámbito jurídico.

## VI. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

—, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n.º 28, 2003.

---

<sup>39</sup> Una indagación en los desafíos del análisis económico del derecho en ese sentido se encuentra en HAREL / TEICHMAN, “Análisis conductista del derecho penal y su aplicación: una amistosa revisión crítica”, en *Discusiones*, n.º 22, 2018, pp. 40 ss.

- BACIGALUPO, Enrique, *Técnica de resolución de casos penales*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.
- BERLIN, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", en HARDY, Henry (ed.), *Isaiah Berlin, Liberty, Incorporation Four Essays on Liberty*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal, Tomo 1: Hermenéutica del proceso penal*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.
- BÖHMER, Martín, "Igualadores y traductores", en ALEGRE, Marcelo / GARGARELLA, Roberto / ROSENKRANTZ, Carlos (eds.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008.
- CAFFERATA NORES, José / TARDITTI, Aída, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Tomo 1, artículos 1 a 300*, Córdoba, Editorial Mediterránea, 2003.
- CARRIÓ, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, 5.ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- CESANO, Daniel, "Metodología de la ciencia jurídico-penal", en LARIGUET, Guillermo (comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Córdoba, Editorial Brujas, 2016.
- CLARIÁ OLMEDO, Carlos R. / CHIARA DÍAZ, Jorge A., *Derecho procesal penal, Tomo 2*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008.
- ETCHICHURY, Horacio, "Por un método crítico de casos", en ROSSETTI, Andrés / ÁLVAREZ, Magdalena (comps.), *Derecho a la vida, un análisis desde el método de casos*, Córdoba, Advocatus, 2005.
- FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of Criminal Law*, vol. 1: Harm to Others, Oxford Academic, 1984.
- FERRAJOLI, Luigi, "Sobre la enseñanza del derecho", en *Boletín informativo. Juezas y Jueces para la Democracia*, n.º 82, Enero 2021.
- GRECO, "Dos formas de hacer dogmática jurídico-penal", en *Discusiones* n.º 8, 2008.
- HARCOURT, Bernard, "Mill's On Liberty and the Modern 'Harm to Others' Principle", en DUBBER, Markus (ed.), *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, Oxford, Oxford Academic, 2014, pp. 163-182.

HAREL, Alon / TEICHMAN, Doron, “Análisis conductista del derecho penal y su aplicación: una amistosa revisión crítica”, en *Discusiones*, n.º 22, 2018.

JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Fráncfurt a. M., Vittorio Klostermann, 2012.

KADISH, Sanford / SCHULHOFER, Stephen / BARKOW, Rachel, *Criminal Law and its Processes: Cases and Materials*, 10.ª ed., Nueva York, Wolters Kluwer, 2016.

KENNEDY, Duncan, “La educación legal como preparación para la jerarquía”, en COURTIS, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, 2.ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 2009.

KINDHÄUSER, Urs / HILGENDORF, Eric, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 8.ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2019.

KRIELE, Martin, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, 2.ª ed., Münster, LIT, 2004.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Concepto y método de la ciencia del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.

MACAGNO, Mauricio, “Los daños simples y agravados”, en VITALE, Gabriel (dir.), *Código Penal comentado de acceso libre*, Asociación Pensamiento Penal, 2018.

MACCORMICK, Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 10.ª ed., Barcelona, Reppertor, 2015.

NAUCKE, Wolfgang, *Strafrecht. Eine Einführung*, 3.ª ed., Fráncfurt a. M., Metzner, 1980.

NINO, Carlos, *Consideraciones sobre la Dogmática jurídica (con referencia particular a la dogmática penal)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

NOZICK, Robert, *Anarchy, State, and Utopia*, Oxford, Blackwell Publishers, 1974.

O'REILLY, Gregory, “England limits the right to silence and moves towards an inquisitorial system of justice”, en *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 85, n.º 2.

PERALTA, José Milton, “Dogmática penal y seguridad jurídica”, en *Revista de la Facultad*, vol. VI, n.º 1 nueva serie II, 2015.

RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.

RICHTER, Anna, “Pensar el derecho: el método de casos alemán”, en *Revista de la Facultad*, vol. XI, n.º 2, nueva serie II, 2020.

ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general, tomo I, fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Madrid, Civitas, 1997.

—, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ª edición, Múnich, C. H. Beck, 2006.

SELEME, Hugo, “El método del equilibrio reflexivo y su uso en el derecho”, en LARIGUET, Guillermo (comp.), *Metodología de la investigación jurídica. Propuestas contemporáneas*, Córdoba, Editorial Brujas, 2016.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Berlín, De Gruyter, 1969.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner / SATZGER, Helmut, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 49.ª ed., Heidelberg, C.F. Müller, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio R. / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal: parte general*, 2.ª ed., Buenos Aires, Ediar, 2006.