



La invisibilización ideológica de las circunstancias..., Vol. 30, (2016), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

LA INVISIBILIZACIÓN IDEOLÓGICA DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PENAL Y EL "MÉTODO DE CASOS": SU IMPACTO EN EL PROCESO DE SELECCIÓN DE JUECES¹

DIEGO LUNA²
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

1. Introducción y presentación del problema en la formación abogados

Cossio advertía a mediados del siglo pasado que: *“había en todo lo que se le enseñó y que su primer tarea sea la de olvidarse para siempre de la mayor parte de esa enseñanza. Sin embargo, ésta es la cruda verdad”* (COSSIO, 1961: 263). Decía Cossio, también:

El egresado de la Facultad, así fuere un estudiante sobresaliente, no sale en condiciones prácticas de desempeñarse en su profesión. Tiene que aprender la abogacía en el ejercicio de la misma, después de egresado, a fuerza de golpes en la vida forense y en la práctica tribunalicia, con perjuicio de su reputación y de los clientes que le han confiado sus intereses, mitigando en lo posible este período de tanteamiento y de experimentos en

¹ La presente disertación fue expuesta por el autor en XXVIII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social Primer Congreso Iberoamericano de Filosofía Jurídica y Social, realizadas del 15 al 17 de octubre de 2014, en la ciudad de Buenos Aires.

² El autor es Docente investigador en los Departamentos de Filosofía del Derecho y Derecho Penal y Criminología, de Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho (AAFD). Correo: diegoluna@derecho.uba.ar

carne ajena con el consejo, sabio o extraviado, que pueda brindarle algún colega que ya ha purgado este camino. Nadie ignora que el abogado, al egresar de la Facultad y entrar en la vida profesional, debe olvidar casi todo lo que se le ha enseñado y aprenderlo todo de nuevo (COSSIO, 1947: 96).

No obstante el paso del tiempo, más de medio siglo, a grandes rasgos podría afirmarse que el diagnóstico de Cossio conserva un grado de actualidad mayor al que pudiera imaginarse. Así pudo Carriò rememorar a fines del mismo siglo, el episodio en que por primera vez debió acompañar a un cliente a los tribunales, del siguiente modo:

(...) perdido ante tanto despliegue de retórica forense (...) me fui de los Tribunales, preguntándome si todas esas teorías y desarrollos sobre la inasible 'naturaleza jurídica' de cada una de las ramas del derecho que yo había estudiado a conciencia durante tantos años en la Universidad, tenían alguna remota conexión con el episodio que me había tocado vivir (CARRIÒ, 1993: 22).

Nos interesa reflexionar aquí, cuanta relación guarda esa caracterización de la enseñanza del derecho con los procesos de selección de jueces. En particular, acotaremos el asunto a la enseñanza del derecho penal y la selección de jueces con competencia, también, en materia penal. El problema se torna acuciante, si se tiene en cuenta que en general las cátedras de las Facultades de Derecho son ocupadas por profesores que se desempeñan también como jueces, en su gran mayoría. Para abordar este asunto, en primer lugar examinaremos algunos rasgos de la enseñanza del derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Luego expondremos los caracteres de lo que denominamos "modelo egológico de enseñanza del derecho", en contraposición al "modelo sistematizador de normas", reparando en particular en el rol de las circunstancias en la interpretación jurídica como actividad fundamental que ejerce el juez ante el fenómeno de la decisión judicial. Finalmente, a través del examen de un caso tomado de una prueba en un concurso para acceder al cargo de juez penal en la Ciudad de Buenos Aires, someteremos a la reflexión el asunto, intentando mostrar algunas posibles consecuencias derivadas de todo ello.

2. La enseñanza del derecho, la dogmática penal y el método de casos

Cardinaux y Clérico han advertido sagazmente que el modelo de formación jurídica como sistematizador de reglas de derecho, en general ausente en la formación jurídica argentina, suele estar presente en la enseñanza del derecho penal "...a causa de la fuerte influencia que la dogmática alemana ejerce en España y en Latinoamérica". Ese modelo supone un docente que transmite a los estudiantes una racionalización del derecho "...a través de su sistematización en principios que luego sirvan para resolver casos particulares", y que se supone capaz de "...reducir la complejidad social a la que se ve cotidianamente enfrentado o en la que está inmerso el jurista, y que pueda reducirla a través del uso de un arsenal de conceptos" (CARDINAUX y CLÉRICO, 2005: 42).

Ese modelo racionalizador del derecho penal, suele estar acompañado por una didáctica centrada en la resolución de casos o ejercicios, en los que se advierte una fuerte simplificación y una alarmante carencia de circunstancias de toda índole en su presentación. Aun así, puede pensarse en, al menos, dos perspectivas distintas de trabajo con casos:

la primera consiste en seleccionar casos reales y la segunda, en construirlos para la enseñanza. En ambas situaciones la estrategia de trabajo mediante casos puede ser una manera de abordar un tema o, superando la estrategia particular, constituir la propuesta metodológica elegida para el tratamiento de una asignatura por entero (LITWIN, 2009: 94).

En opinión que comparto, puede decirse:

"...no existen metodologías 'enemigas', todas pueden ser la opción más acertada de acuerdo al contexto de docentes y alumnos; lo importante es poder distinguir con cuál de ellas se obtendrán mejores resultados. Así, el empleo de una pluralidad de métodos donde se combinen las clases magistrales con la aplicación sistemática y organizada de métodos participativos o ejercicios simulados de reproducción de conflictos, contribuirá seguramente a una mejor preparación de los profesionales, cualquiera sea el contenido de su formación (CAMPARI, 2011: 120).

Si bien la introducción en la enseñanza del derecho penal del uso de "libros de casos" ha significado, en su momento, una transformación positiva si se la compara con la tradición enciclopedista que tenía por base la repetición memorística de textos legales, ello ha sido suplantado por una repetición de teorías altamente sofisticadas y de

matices sutilmente apreciables, pero que poco tienen que ver con la realidad sobre la cual habrán de operar (PITLEVNIK, 2012). Tal vez sería conveniente enseñar de otro modo el derecho en general y el derecho penal en particular. No estaría mal pensar en abandonar esa protagónica práctica pedagógica que circula en las aulas "*...centrada en la aplicación técnica de la norma, lo que lleva a los estudiantes a la apropiación de conocimientos fragmentados, impidiendo la construcción de un marco crítico y problematizador de la realidad en su totalidad*" (OLIVEIRA, 2012: 83).

En la bibliografía utilizada generalmente en la enseñanza del derecho penal – manuales y tratados de las partes general y especial del derecho penal argentino– se sigue en gran medida este modelo sistematizador de normas tributario de la tradición racionalista de la dogmática alemana. Sin embargo, creemos que puede adoptarse una postura crítica en la enseñanza del derecho, por ejemplo partiendo de los datos empíricos que arroja la estadística en relación a cada tema en estudio, como así también estimular la reflexión crítica en torno de casos reales y de actualidad, evitando así la práctica sistemática de recurrir a casos ficticios o "de manual". Este enfoque permite advertir o poner en crisis, ciertos preconceptos acerca de la actividad jurisdiccional y sobre el modo en que los jueces adoptan sus decisiones cotidianas.

3. Hacia un modelo egológico de enseñanza del derecho

Ya en ocasiones anteriores hemos reflexionado sobre la posibilidad de una perspectiva pedagógica semejante (Luna, 2013). Entendemos, con Bianco y Carrera, que "*resulta necesario articular la teoría y la práctica, en los procesos de formación de graduados universitarios, con sentido social crítico y encontrar estrategias institucionales para llevar a cabo esta propuesta*" (BIANCO y CARRERA, 2010: 171)

La teoría general del Derecho da algo a la práctica, pero también algo recibe de ésta. La buena teoría no es cosa divorciada de la experiencia, porque toda teoría sólo pretende ser la aprehensión conceptual de la realidad a que apunta y por eso de ella se deriva un uso técnico inmediato. El divorcio entre la teoría y la práctica sólo acusa un error científico en la concepción teórica. Es la experiencia la que presenta auténticos problemas, insuficiencias y obstáculos; pero es el pensamiento científico el que, al hacerse cargo de ellos, abre los rumbos para superarlos (Cossio, 1962).

Para que la enseñanza sea práctica de verdad, proponía Cossio (1962), además de que los estudiantes lean y comenten una sentencia notable, es indispensable que presencien una audiencia y que aprendan que no la toma el Juez, como dice el Código, sino un empleado del juzgado; que las partes y los letrados lleguen a altercados desagradables entre sí o con los testigos del adversario; que los términos procesales duren mucho más de lo que dicen las leyes por la mañosidad de los profesionales o por la incuria de los empleados; que las notificaciones, en la realidad, tienen otro color que el que surge del texto de las leyes, etc. Agregaba con elocuencia:

Es indispensable que vean el estado de ánimo con que el delincuente se presenta ante el Juez del Crimen cuando éste lo llama a audiencia de conocimiento personal y que aprendan a hacerse su propia composición de lugar frente a la evidencia psicológica. Y así como ésta, mil cosas más que sólo en la práctica tribunalicia se percibe. Sin este contacto con la vida, los egresados que entran por primera vez en los tribunales, serán siempre desarmados novatos para un doloroso aprendizaje (COSSIO, 1962: 137-138).

Ese contacto con la vida jurídica que reclamara Cossio y que los estudiantes deben afrontar por sí mismos, los coloca frente a qué es una notificación, una comparecencia ante un tribunal, una audiencia en términos reales, en la que el magistrado brilla por su ausencia, y un largo etcétera que provee del contacto directo con la experiencia judicial. En opinión de Méndez (1954), la teoría egológica acerca a los estudiantes "a la realidad cotidiana de los tribunales, de la profesión, no un estudio aséptico de la norma jurídica, sino el estudio e investigación comprometida sobre 'conductas humanas', que resulta ser así el verdadero objeto de la ciencia que estudian". Agrega que la egología "es una suerte de complot permanente que nos invita a pensar, no es 'opio' adormecedor, viene a crear problemas". De algún modo puede trasladarse al docente de Derecho en general, cuando Méndez postula que "*la gran tarea del docente de Filosofía del Derecho debe ser la de esclarecer si la ciencia de los juristas debe ser una ciencia de idealidades semánticas, o se trata de tematizar la experiencia jurídica, como realidad biográfica*" (MÉNDEZ, 1954: XII, VIII y XVI).

Al decir de Cueto Rúa (2000), desde la perspectiva egológica que concibe al *derecho* como conducta humana en interferencia intersubjetiva, no se cultiva la memoria en la enseñanza del Derecho, sino la imaginación; se identifica la realidad y se la tiene en

cuenta, pero no se la aprueba sólo porque es, sino que se la elogia cuando es lo que debe ser.

Para ir adentrándonos al tema que nos interesa, pensemos en un concurso para docentes y veremos cómo se vinculan las cuestiones que venimos señalando. En un concurso para docentes de Derecho Penal en la UBA el jurado indagó acerca de cuál sería la solución dogmática del caso de quién se apodera de monedas de un teléfono público de los que suele haber en la vereda. De compartirse uno u otro modelo de enseñanza, las respuestas podrían ser bien distintas. Desde una perspectiva egológica, no tendría mucho sentido sin más circunstancias del caso discutir si se trata de un delito de estafa, robo, hurto o, incluso, si no habría delito alguno. Depende de muchos factores, la cantidad de dinero, las condiciones personales del acusado (saber su edad o si tenía hambre, por ejemplo), si hubo o no engaño, si se considera como damnificado a quien introduce las monedas o a la empresa prestadora del servicio, quién sería el juez que tome la decisión, etc.

¿Es realmente indiferente en la enseñanza del derecho la solución del caso de las monedas? Antes de generar una respuesta unívoca, hay quienes optamos por propiciar una reflexión crítica en el estudiante, futuro abogado, futuro juez, funcionario público o futuro profesor de derecho. Con mayor insistencia aun: qué sentido tiene enseñar derecho penal a partir de casos desprovistos de todas las circunstancias con las que los conflictos sociales y las personas de carne y hueso que los viven, se presentan al ser judicializados. Qué sentido tiene exigir que el docente deba tener una y sólo una respuesta como solución de un caso. Tal vez sea más valioso que el estudiante se formule interrogantes ante una situación problemática presentada como un caso lo más real posible, en la medida de lo didácticamente posible.

4. La hipertrofia de la enseñanza del derecho penal y la selección de jueces

Para ejemplificar en concreto el impacto sobre la selección de jueces que generan estas cuestiones en torno de las cuales venimos reflexionando, tomaré un concurso realizado en el ámbito del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires para la selección de magistrados con competencia en materia penal.

En el examen escrito se les ofreció a los aspirantes a juez, un texto en una carilla con "un caso" para ser resuelto. Una de las cuestiones a resolver tenía que ver con la validez del procedimiento de detención practicado por un funcionario policial sobre dos personas en la vía pública.

Propongo el siguiente ejercicio de reflexión para tomar dimensión del impacto de las circunstancias en el caso a ser resuelto: omitiendo los pasajes del texto destacados en **negrita** y *cursiva*, puede leerse el caso tal como fue presentado en el examen para juez. Los textos en **negrita** y en *cursiva* proponen la adición de circunstancias que modalizan y, por lo tanto, modifican el caso sin quitar ninguna de las circunstancias incluidas en su redacción original. Solamente se adicionan una serie de circunstancias de orden mundanal o, dicho de otro modo, aquellas de orden personal, en las que no participa el otro sino que se relacionan con las cosas que nos rodean (RAFFO, 2014).

De modo que el caso puede leerle, sucesivamente, como "**caso 1**" agregando la descripción en **negrita** o como "*caso 2*" agregando la descripción de circunstancias que se lee en *cursiva*.

Veamos:

"Al momento de declarar el oficial de la policía Aureliano Buendía sostuvo que mientras se encontraba realizando tareas de prevención en el lugar, se le acercó un transeúnte y le comunicó que había visto a dos sujetos conversando en la calle,

1) frente a donde estaba estacionada un camión blindado de transporte de caudales de color amarillo con la inscripción en plotter: "PROSEGUR",

2) frente a dos motocicletas, sin chapa patente visible, con una calcomanía en la que se lee "Pibes Chorros" en el tanque de una de ellas,

uno de los cuales al abrirse la campera acomodó un bulto a la altura de la cintura que parecía ser un arma de fuego. Le proporcionó al oficial las descripciones de ambos sujetos,

1) zapatos negros, pantalón y campera negra con logo "PROSEGUR" en el brazo, camisa blanca y corbata negra; aproximadamente 30 años de edad.

2) zapatillas deportivas, pantalón bermuda de jean y campera blanca Adidas con logo del club River Plate con capucha colocada y gorra de visera en la cabeza; aproximadamente 25 años de edad.

que se compadecían con las de Montero y Piedrabuena, y se marchó. El oficial se dirigió a los sujetos cuya descripción coincidía con la brindada por el transeúnte, los identificó y paló de armas. Al advertir que Montero tenía en su poder lo que parecía ser un arma los redujo, extrajo el arma de fuego secuestrada a la altura de su cintura y convocó a dos personas hábiles para que oficiaran como testigos.

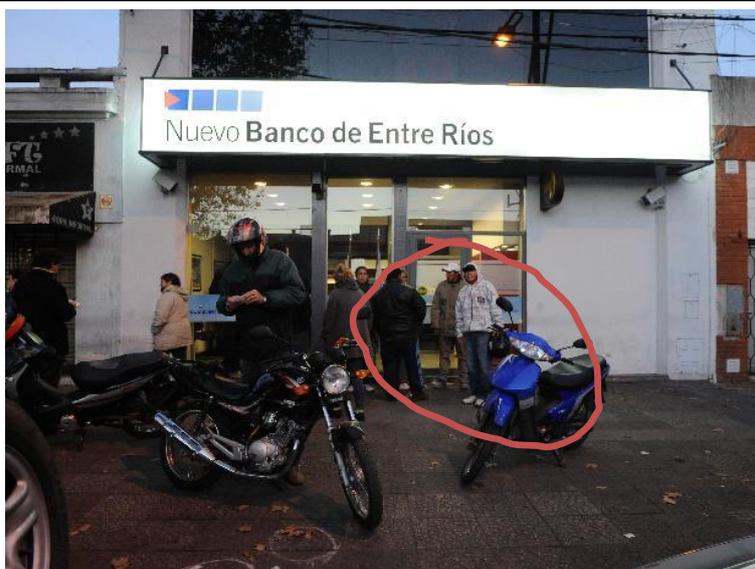
Se atribuye a Carlos Montero y Ramiro Piedrabuena el hecho que habría tenido lugar el 20 de agosto de 2013, a las 11hs., aproximadamente, en la puerta de la sucursal del Banco City ubicado en Av. Corrientes Nro. 650 de esta ciudad, consisten en haber portado en forma conjunta un arma de fuego de uso civil sin contar con la debida autorización legal, concretamente un revólver marca Ballester Molina, color negro, calibre .32, con almacén de seis (6) alvéolos y un (1) cartucho a bala del mismo calibre intacto en su interior, material que fue secuestrado por personal policial".

Cossio (1961) ilustraba el juego ideológico operante en la identificación de la categoría jurídica del "deudor" con las características sociológicas y rasgos comunes de las personas que por lo general ocupan esa posición en los procesos en que se judicializan incumplimientos contractuales. Advertía así que las teorizaciones sobre la teoría de la imprevisión operan en la práctica legitimando la posición del capitalista como acreedor y la del deudor, con aquel que llega a los tribunales, es decir con los deudores que no pueden pagar sus deudas.

Otro tanto ocurre con el fenómeno de la delincuencia, los delitos patrimoniales y el sistema judicial penal. Identificada la generalidad de la "clientela" del sistema penal con el sujeto medio que habita en las cárceles argentinas: hombres (95%), de vida urbana (91%), entre 18 y 34 años de edad (64%), solteros (76%), mayormente sin educación o solo con el nivel primario (74%), desocupado o empleado a tiempo parcial (79%), sin oficio o profesión (43%), en su gran mayoría (condenados y procesados) por delitos contra la propiedad (hurtos y robos consumados y tentados); no cuesta mucho, entonces, el salto a la identificación de esa "clase" de personas, con las categorías jurídicas de "detenido", "procesado", "acusado" o "imputado" en el proceso penal (Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP), Informe Anual República Argentina, 2012).

Si el lector del caso llena las circunstancias omitidas con una presunción de que los sujetos detenidos en la puerta del Banco reúnen las características de las personas que en su mayoría pueblan las cárceles argentinas, al menos en el sistema federal, la solución del caso pareciera inclinarse en un sentido determinado.

El caso, necesitado de circunstancias, se lee así como el "caso 2":



Por el contrario, bastaría llenar el vacío circunstancial del caso con el supuesto del "caso 1" para advertir en la aparente escena delictiva, una escena más que cotidiana al menos en la zona bancaria de una gran ciudad donde escenas como esta, por lo general, no llaman la atención de nadie.

En el imaginario, se presentaría algo así como esta escena:



El juego ideológico que opera ente bambalinas, permite comprender los motivos por los cuales no llama la atención, en general, que para un examen de la Magistratura se presente un caso totalmente desprovisto de circunstancias personales tan básicas como las que se encuentran ausentes en el caso comentado. El modo en que los aspirantes suplen esa deficiencia, tal vez haciendo jugar inconscientemente el entrenamiento recibido como estudiante, para poder dar una solución al examen, habla del modo en que la ideología opera en la práctica y resulta tributaria de aquel modelo racionalista

dogmático de enseñanza del derecho penal en la formación de abogados. Por esto tampoco puede sorprender que los postulantes mejor calificados por el jurado en el concurso en cuestión, resolvieran el caso convalidando el procedimiento de detención sin siquiera saber cómo vestían y qué hacían esas dos personas en la puerta del Banco City.

La presunción de cada quien, que llena el vacío de circunstancias omitido en la redacción del caso, corre por cuenta de cada quien.

Referencias bibliográficas

BIANCO, Carola y María Cecilia CARRERA (2010): "Proyecto institucional y prácticas de enseñanza en la carrera de Derecho. El proceso de formación universitaria y los debates pendientes", en GONZALEZ, Manuela y Nancy CARDINAUX, *Los actores y las prácticas. Enseñar y aprender Derecho en la UNLP*, La Plata: EDULP.

CAMPARI, Susana (2011): "El método de casos: historia y perspectivas", en FISCHMAN, Fernando y Juan SEDA (comps.), *Formación pedagógica en Derecho. Procesos comunicativos y recursos didácticos*, Buenos Aires: Miño y Dávila edit..

CARDINAUX, Nancy y CLÉRICO, Laura (2005): "La formación docente universitaria y su relación con los 'modelos' de formación de abogados", en CLÉRICO, Laura [et. al.] *De cursos y de formaciones docentes. Historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA*, Buenos Aires: Departamento de Publicaciones de Facultad de Derecho, UBA.

CARRIÓ, Alejandro (1993): *¿Será Justicia? Todo lo que no enseñan en la Facultad de Derecho*, Buenos Aires: Planeta.

COSSIO, Carlos (1961): *Teoría y práctica del derecho*, en PAITA, Jorge (coord.), *Argentina 1930 - 1960*, Buenos Aires: Edit. Sur.

(1947): *La función social de las Escuelas de Abogacía*, Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires.

(1962): *Ideología y derecho*, Buenos Aires, inédito.

(1961): *La teoría de la imprevisión*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.

CUETO RUA, Julio (2000): "El buen profesor de derecho", en *Una visión realista del derecho, los jueces y los abogados*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

LITWIN, Edith (2009): *El oficio de enseñar: condiciones y contextos*, 1ª ed., 2ª reimp., Buenos Aires: Paidós.

LUNA, Diego (2013): "¿Es posible un modelo egológico de enseñanza del Derecho?", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, N° 22, Buenos Aires.

(2013): "La enseñanza del Derecho en el pensamiento de Carlos Cossio: hacia un modelo egológico en la formación jurídica", en *Congreso en Docencia Universitaria. Comunicaciones*, Buenos Aires: Facultad de Derecho, UBA.

MÉNDEZ, Eduardo (2007): "A manera de presentación" (ensayo preliminar), en COSSIO, Carlos, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires: Edit. El foro.

OLIVEIRA, Vanderlei Portes de (2012): *Ensino jurídico. A crise do ensino do direito e o acesso à justiça*, Sao Paulo: Letras Jurídicas. He traducido el pasaje citado del portugués.

PITLEVNIK, Leonardo (2012): "Algunas reflexiones acerca de la enseñanza del derecho penal en la Universidad pública", en PITLEVNIK, Leonardo (comp.) *Universidad y conflictividad social. Aportes desde la enseñanza del derecho*, Buenos Aires: Didot.

RAFFO, Julio (2014): "La decisión política en la situación política (Aportes para un abordaje fenomenológico)", en *Cuadernos Info-Cultura. Colección Derecho y Sociedad*, N° 4, Buenos Aires.

Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) (2012): Informe Anual República Argentina, 2012). Disponible: <http://www.infojus.gob.ar/docs-f/estadisticas-sneep/2012/InformeSNEEPARGENTINA2012.pdf>. Extraído el 21/3/2016.