

La enseñanza del derecho en los Estados Constitucionales*

FEDERICO DE FAZIO¹

RESUMEN

El presente trabajo propone hacer una reconstrucción del modelo de enseñanza jurídica en el marco de los sistemas jurídicos en los Estados Constitucionales de Derecho. Concluiremos que en dichos sistemas jurídicos se exige, por lo menos, la formación de profesionales jurídicos “argumentativos” que reconozcan estructuras de justificación tanto jurídico-formales como filosófico-sustantivas. De seguirse esta idea, entonces el modelo de enseñanza debe combinar el modelo de “clase magistral” (donde se enseñen los métodos interpretativos, las formas de aplicación jurídica y las reglas formales de argumentación jurídica y práctica en general) junto al “método de casos-problema” (donde se pongan en debate las diferentes justificaciones sustanciales surgidas de las normas constitucionales).

PALABRAS CLAVE

Enseñanza jurídica - Estados Constitucionales de Derecho - Paradigmas del Derecho.

Legal Education in Constitutional States

ABSTRACT

This work aims to reconstruct the legal education in Constitutional States' legal systems. We will conclude that in those systems it is required,

* Quiero agradecer a Laura Clérico, Nancy Cardinaux, Liliana Ronconi, Leticia Vita y Martín Aldao por sus contribuciones para la elaboración de este trabajo.

¹ Abogado (UBA).

for at least, the training of “argumentative professionals” who recognize both formal structures of justification and substantive ones. Following this, the legal education model should combine “lectures” (in order to teach interpretative methods, ways of adjudication of norms and argumentative rules) and “case methods” (in order to expose the different substantive justification based on constitutional norms).

KEYWORDS

Legal Education - Constitutional States - Paradigms of Law.

I. INTRODUCCIÓN

Mucho se discute entre los teóricos dedicados a las prácticas jurídicas acerca de cuál es la mejor manera de enseñar el Derecho.² En general, tales controversias vienen a continuar las discusiones desarrolladas respecto al concepto del derecho.³ Sin embargo, aquí propondremos una forma de análisis diferente. No reconstruiremos un modelo de enseñanza partiendo de las exigencias establecidas por una definición del derecho específica, sino que reconstruiremos un modelo de enseñanza a partir de las exigencias normativas que un tipo de sistema jurídico en particular establece: en este caso, el de los Estados Constitucionales de Derecho.

Sostendremos la tesis de que en el marco de los sistemas jurídicos de los Estados Constitucionales de Derecho se exige, por lo menos, la formación de profesionales jurídicos “argumentativos” que reconozcan estructuras de justificación tanto jurídico-formales como filosófico-sustantivas. De seguirse esta idea, entonces el modelo de enseñanza debe combinar, por lo menos, el modelo de “clase magistral” (donde se enseñen los métodos interpretativos, las formas de aplicación jurídica y las reglas

² Estas discusiones se encuentran en la mayor cantidad de revistas dedicadas a la enseñanza del Derecho, v. por ejemplo, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires. Los textos completos de los artículos pueden ser consultados en: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/.

³ Para una reconstrucción al respecto, véase: CARDINAUX, N., “Concepciones del derecho: su impacto sobre los métodos de enseñanza”, en SCHUJMAN, G. e I. SIEDE, (comps.), *Ciudadanía para armar. Aportes para la formación ética y ciudadana*, Buenos Aires, Aique, 2007.

formales de argumentación jurídica y práctica en general) junto al “método de casos-problema” (donde se pongan en debate las diferentes justificaciones sustanciales surgidas de las normas constitucionales).

Para sostener dicha tesis nos valdremos de la siguiente argumentación: primeramente, expondremos la noción de “paradigmas del derecho” de Jürgen Habermas con el fin de reconstruir las propiedades normativas de los Estados Constitucionales y sus respectivas proyecciones sobre el modelo de juez y el modelo de enseñanza jurídica en dichos sistemas jurídicos (II). De esta forma: reconstruiremos el “paradigma del derecho ligado al Estado liberal” (II.I); el “paradigma del derecho ligado al Estado social” (II.II) y, por último, el “paradigma del derecho procedimental” (II.III). En segundo lugar, determinaremos cuál de los tres paradigmas jurídicos y de enseñanza resulta la mejor reconstrucción de las exigencias normativas dispuestas por los Estados Constitucionales del Derecho y, a partir de allí, trazar una primera conclusión respecto al modelo de juez y de enseñanza que estos sistemas jurídicos presuponen (III).

II. PARADIGMAS DEL DERECHO, MODELOS DE JUEZ Y MODELOS DE ENSEÑANZA

Jürgen Habermas ha establecido una distinción analítica entre diferentes comprensiones que los participantes de la práctica jurídica de los Estados Constitucionales tienen sobre qué es el derecho. Tal distinción está conformada por la noción de “paradigmas del derecho”.⁴ En su descripción, Habermas sostiene que en el marco de los Estados Constitucionales de Derecho coexisten, por un lado, dos paradigmas materiales entre los cuales subyace una relación de tensión –el “paradigma del de-

⁴ “Un paradigma jurídico es algo que en primera línea se infiere de las decisiones jurídicas que, en virtud de los criterios que fueren, se consideran ejemplares, y las más de las veces suele equipararse a la imagen implícita que de la sociedad tienen los jueces”; “En todos los casos esas expresiones se refieren a esas imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho, o, dicho en términos más generales, dan una orientación al proyecto de realización de esa asociación de miembros libres e iguales que es la comunidad jurídica”. HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2010, p. 473.

recho ligado al Estado liberal”⁵ y el “paradigma del derecho ligado al Estado social”–,⁶ y, por el otro, un paradigma estructurante de aquellos dos que pretende dar cuenta de dicha tensión y solucionarla caso a caso –el paradigma del derecho procedimental–.⁷ Estos “paradigmas” presuponen diferentes nociones de la autonomía y de la igualdad y, a su vez, se proyectan sobre la definición del derecho, la corrección de la actividad judicial y, como consecuencia de estas dos últimas, también sobre el modelo de enseñanza del Derecho.

- ⁵ Este paradigma halla su institucionalización jurídica en los proyectos codificadores del siglo XVIII y siglo XIX y su institucionalización teórica en el tradicional formalismo jurídico (la jurisprudencia anglosajona, la escuela de la exégesis francesa o la jurisprudencia de conceptos alemana). Cfr. FASSO, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, ts. II y III, Madrid, Pirámide, 1966, trad. de L. F. Lorca Navarrete; SOLARI, G., *Filosofía del derecho privado*, ts. I y II, Buenos Aires, Depalma, 1946, trad. de Renato Tréves.
- ⁶ Este paradigma halla su institucionalización jurídica con la especificación de ciertas relaciones jurídicas (como el derecho del trabajo o del consumidor) y con la incorporación de normas con contenido sustantivo, como la norma de equidad o lesión subjetiva en el derecho civil o las normas de contenido social en las constituciones. Las primeras expresiones de “constitucionalismo social” se reconocen en la Constitución de México de 1917 y de Weimar de 1919. A su vez, su expresión teórica se encuentra en los trabajos de Jean Jaurés en Francia, Herman Heller en el debate de Weimar o Alfredo Palacios en Argentina. Cf. HERRERA, C., *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.
- ⁷ Habermas considera que la reconstrucción más adecuada del “paradigma procedimental” está dado por aquellas teorías jurídicas que adoptan los principios de la teoría del discurso. En particular, hace referencia a las teorías jurídicas discursivas de Klaus Günther y Robert Alexy, estableciendo una preferencia por la obra del primer autor. HABERMAS, J., *op. cit.*, 2010, p. 302. Véase también: GÜNTHER, K., “Critical Remarks on Robert Alexy’s Special-Case Thesis”, en *Ratio Juris*, vol. 6, Issue 2, July 1993, pp. 143–156; GÜNTHER, K., *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, Alicante, DOXA, 1995; ALEXY, R., “The Especial Case Thesis”, en *Ratio Juris*, vol. 12, Issue 4, December 1999, pp. 374–384. Por otro lado, su materialización institucional se verifica en la aparición de nuevas estrategias procedimentales en el marco del Poder Judicial. Las audiencias públicas o el llamado “*amicus curiae*” responde a esta concepción de fondo. V., entre muchos otros, ABRAMOVICH, V., “La apertura del debate constitucional. Nuevas vías de participación ante la Corte Suprema”, en *Pensar en Derecho*, nro. 3, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho (UBA), 2013, pp. 17–23; HENNIG LEAL, M., “La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, nro. 1, 2010, pp. 283–04.

II.I. EL PARADIGMA DEL DERECHO LIGADO AL ESTADO LIBERAL Y LA EDUCACIÓN LEGAL FORMALISTA

Según Habermas, el “paradigma del derecho ligado al Estado liberal” entiende al derecho como un conjunto de normas generales subsumibles a todo el universo de casos particulares que encajen en las propiedades relevantes preestablecidas por sus supuestos de hecho.⁸ El trasfondo normativo que legitima esta comprensión está determinado por los principios de igualdad formal y de autonomía entendida como libertad negativa, los cuales se derivan de una autocomprensión liberal-burguesa de la sociedad.⁹

En cuanto a la proyección sobre modelo de juez que este paradigma supone, debe remarcarse que está determinado por una labor estrictamente “formalista” por parte de éstos; es decir, sólo deben aplicar las normas y conceptos generales que se extraen semánticamente de las disposiciones legales o que se deducen de los principios implícitos surgidos de los códigos. Si se demuestra que un caso individual encaja en el supuesto de hecho de una norma o concepto predeterminado, entonces su consecuencia jurídica debe aplicársele sin lugar para excepción alguna.¹⁰ Teniendo en cuenta tales exigencias, un juez “ejemplar” será aquel que maneje la mayor cantidad de normas y conceptos generales posibles de una manera sistemática, a fin de “encapsular” a todo el universo de propiedades y casos posibles en sus categorizaciones.

⁸ Quizá el caso más emblemático para los sistemas jurídicos codificados resulte la “escuela de la exégesis”. Cf. MARÍ, E., “La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexa con el proceso codificadorio de la modernidad”, en AA. VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991. Contemporáneamente, este paradigma puede verse representado en lo que Dworkin ha denominado como “nuevo formalismo”. Para el caso del derecho codificado, el “nuevo formalismo” estaría compuesto por las principales teorías del positivismo metodológico que combina nociones de la pragmática lingüística y de la lógica deóntica. Cf. ALCHOURRÓN, C. y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006. Para el caso de la aplicación de normas constitucionales específicamente, véase: MORESO, J., *La Constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.

⁹ HABERMAS, J., *op. cit.*, 2010, p. 484.

¹⁰ HABERMAS, J., *op. cit.*, 2010, p. 484; DE SOUSA SANTOS, B., *Sociología jurídica crítica*, Bogotá, ILSA, 2009, p. 80.

El modelo de enseñanza jurídica característico de este “paradigma” es aquel denominado por Cardinaux y Clérico como *modelo de formación jurídica como receptor, retenedor y reproductor de reglas jurídicas*.¹¹ Entendiendo que la formación profesional, y específicamente la formación judicial, tiene como objetivo la mayor incorporación posible de normas y conceptos generales predeterminados legalmente, su proyección pedagógica se expresa en la transmisión y posterior memorización de normas, principios implícitos y conceptos, como asimismo, en la familiarización con los métodos de consulta y búsqueda de tales normas y conceptos.¹² En lo que refiere a la enseñanza jurídico-metodológica, dicho modelo supone que, además de justificar externamente las normas preestablecidas mediante los clásicos métodos interpretativos (argumentos semánticos, históricos, teleológicos, sistemáticos, etc.),¹³ el estudiantado debe familiarizarse con el procedimiento de aplicación de las mismas basado en la imputación subsuntiva de dichas premisas normativas sobre los casos particulares.¹⁴

En este modelo de enseñanza, cuyo caso paradigmático es la llamada “clase magistral”, el centro de atención está puesto sobre la transmisión de información jurídica por parte del profesor.¹⁵ Del estudiante se espera un papel pasivo de receptor y reproductor de dicha información a la hora de ser evaluado, sin importar, quizá, la crítica sustantiva que pueda

¹¹ CARDINAUX, N. y L. CLÉRICO, “La formación docente universitaria y su relación con los ‘modelos’ de formación de abogados”, en CARDINAUX, N., L. CLÉRICO, A. MOLINARI y G. RUIZ (coords.), *De cursos y formaciones docentes. Historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005, p. 40.

¹² CARDINAUX, N. y J. CLÉRICO, J., *op. cit.*, 2005, p. 41.

¹³ En la dogmática alemana, quien primero explicitó estas reglas metodológicas de argumentación ha sido Savigny: Cf. SAVIGNY, F., *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1979. Esta línea ha sido continuada por Radbruch y Larenz: Cf. RADBRUCH, G., “Introducción a la ciencia del derecho”, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930, y LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Ariel, 1994. Actualmente, estos argumentos aparecen integrados en la teoría de la argumentación de Alexy: Cf. ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2010.

¹⁴ KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, México D. F., UNAM, 1979, p. 90; ALCHOURRÓN, C. y E. BULYGIN, *op. cit.*, 2006.

¹⁵ CARDINAUX, N. y L. CLÉRICO, *op. cit.*, 2005, p. 41.

tener sobre el derecho formalmente vigente. A pesar de que es un modelo de formación cada día más deslegitimado, tanto en términos didácticos generales como en términos específicos para la práctica jurídica, lo cierto es que aún resulta muy extendido dentro de las escuelas de derecho, sobre todo en la enseñanza de las materias llamadas “codificadas”.¹⁶

II.II. EL PARADIGMA DEL DERECHO LIGADO AL ESTADO SOCIAL Y LA EDUCACIÓN LEGAL SUSTANTIVA

El “paradigma del Derecho ligado al Estado social” invierte ese entendimiento del derecho como un conjunto de normas y conceptos generales aplicables de manera excluyente, con el objetivo de cumplir una función “restauradora” en los casos concretos. Tal inversión se expresa en la especificación regulativa de ciertas relaciones entre particulares (regulación de los contratos laborales, de los contratos del consumidor, etc.), en la positivación de derechos sociales fundamentales (como el derecho a la salud, educación o vivienda) y de principios de justicia material (como el principio de equidad en el derecho privado).¹⁷ El trasfondo normativo que sostiene a dicho “paradigma del derecho” es el principio de igualdad real y nace con la crítica empirista a los principios de igualdad formal y de autonomía entendida como libertad negativa surgida desde la izquierda.¹⁸

A diferencia del modelo de juez “formalista” del “paradigma del derecho ligado al Estado liberal”, al cual sólo le correspondía correlacionar el supuesto de hecho genérico con el caso individual e imputarle su consecuencia jurídica de manera excluyente,¹⁹ el modelo de juez del

¹⁶ CARDINAUX, N., *op. cit.*, 2007.

¹⁷ HABERMAS, J., *op. cit.*, 2010 p. 483.

¹⁸ PROUDHON, P., *¿Qué es la propiedad?*, Buenos Aires, Utopía Libertaria, 2005; MARX, K., *Sobre la cuestión judía*, Buenos Aires, Prometeo, 2004; HELLER, H., *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992. Para una reconstrucción integral de dicha crítica véase: HERRERA, M., *op. cit.* Sobre el impacto de las concepciones de igualdad en el derecho y en sus formas de argumentación y examen, véase: entre otros, CLÉRICO, L., L. RONCONI y M. ALDAO, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Di-reito GV Law Review*, São Paulo, 2013.

¹⁹ Sobre la concepción del derecho como razones excluyentes, véase: RAZ, J., *La autoridad del derecho*, México D. F., UNAM, 1982.

“paradigma del derecho ligado al Estado social” es un juez que debe evaluar la justificación material de dicha imputación. Tal evaluación debe realizarse a través de un razonamiento basado en aquellos “principios morales o éticos”²⁰ y su relación con las normas positivas que perpetúan situaciones de desigualdad real, con el objeto de promover el desarrollo pleno de la autonomía y el bienestar para el caso en concreto.²¹ En este sentido, el juez “ejemplar” no sólo es quien tiene un conocimiento cabal de los elementos formales de la práctica jurídica sino quien puede reconstruir y considerar todas las circunstancias particulares del caso en concreto y, a partir de allí, considerar su resolución justa y equitativa.

El modelo de enseñanza de este paradigma del derecho puede ser denominado como *modelo de formación jurídica filosófico-sustantiva*. Este está íntimamente relacionado con aquellas nuevas concepciones de la Constitución de posguerra²² y requiere que la formación de abogados, jueces y juristas cuente con numerosas materias de filosofía práctica, a efectos de que el profesional adquiera habilidades argumentativas sobre cuestiones de justicia.²³ A su vez, respecto a lo metodológico, atento a que, según este entendimiento, lo justo debe evaluarse estrictamente en el caso, se exige que el estudiante aprenda a reconstruir y considerar todas las circunstancias del caso en particular. Por tanto, el modelo de la clase magistral cede lugar a la formación mediante la utilización del

²⁰ HELLER, H., *op. cit.*, 1992, p. 240.

²¹ DE SOUSA SANTOS, B., *op. cit.*, 2009, p. 83.

²² CARBONELL, M. (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2008; ZAGREBELSKY, G., *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta; AGUILÓ REGLA, J., “Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 30, Alicante, 2007.

²³ Cf. DWORKIN, R., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, en *Isonomía. Revista de Teoría y filosofía del Derecho*, México D. F., ITAM, 2010, p. 28. En efecto, Dworkin, en *Law's Empire*, entiende a la práctica jurídica como una “práctica interpretativa”, en el sentido de que cada vez que se argumenta sobre el material jurídico válido y aplicable al caso, se argumenta sobre qué es el derecho. Cf. DWORKIN, R., *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, Cap. I. Véase también: D'AURIA, A., “La filosofía política en la formación del abogado”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 1, Departamento de Publicaciones, UBA, 2003; “El filósofo como buscador del sentido propio”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 15, Departamento de Publicaciones, UBA, 2010.

“método de casos”.²⁴ Puesto que el análisis debe ser esencialmente casuístico o particularista, se acude al “método de casos-problema”,²⁵ el cual no cuenta con una solución previamente determinada, puesto que lo que se busca no es el hallazgo de la norma general aplicable por parte del estudiantado, sino el desarrollo de habilidades argumentativas respecto a cuestiones de justicia y equidad en concreto.

En este modelo de enseñanza, por tanto, el profesor a cargo pierde su protagonismo inicial. Ya no existen respuestas formales unívocas que especialmente el profesor conoce, y el estudiante, mediante su participación en los casos prácticos, tiene un papel activo en la construcción de la solución más justa para el supuesto presentado.

II.III. *EL PARADIGMA DEL DERECHO PROCEDIMENTAL Y LA EDUCACIÓN LEGAL COMO ARGUMENTACIÓN PRÁCTICA ORIENTADA POR REGLAS FORMALES*

Según Habermas, la aparición del segundo “paradigma del derecho” no ha desplazado en su totalidad al primero. En efecto, desde ese entonces ambos paradigmas conviven en una relación de tensión y ello puede observarse particularmente en las instituciones del derecho privado o del derecho constitucional, donde suelen hallarse posibilidades latentes de aplicar normas con soluciones contradictorias o interpretaciones encontradas para un mismo caso.

En parte, esto ha devenido en la aparición de algunas teorías escépticas, principalmente ligadas a la tradición del “realismo jurídico nor-

²⁴ Para una exposición completa sobre la cuestión, véase: WASSERMANN, S., *El estudio de casos como método de enseñanza*, Buenos Aires, Amorrortu, 2006.

²⁵ En los trabajos dedicados al desarrollo del método de casos suele distinguirse entre dos tipos de métodos de casos. Uno, que aquí hemos decidido denominar como “método de casos” a secas, es aquel método de discusión cuya respuesta correcta ya está determinada de antemano. El estudiantado debe llegar a ella. El segundo, que aquí hemos decidido denominar como “método de casos-problema”, es aquel método de discusión que en lugar de estar orientado a la búsqueda de una solución concreta, pretende el desarrollo y consolidación de habilidades argumentativas. Cf. CLÉRICO, L., “Notas sobre los libros de ‘casos’ reconsiderados en el contexto del ‘método de casos’”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 2, Departamento de Publicaciones, UBA, 2004; GELLI, M., “La Enseñanza del derecho constitucional en la república democrática (desde la perspectiva del método socrático)”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 3, Departamento de Publicaciones, UBA, 2004.

teamericano". Estas entienden al discurso jurídico como una práctica estratégica, en donde cada una de las soluciones aportadas por los diferentes paradigmas jurídicos resultan tópicos posibles de justificación.²⁶ Según su propuesta, como tal disputa de "doctrinas" no puede tener una resolución racional, sino que responde a los parámetros de la disputa política y la persuasión, la única solución para el profesor es ser honesto con esa realidad, no atarse a dogmatismos y dejar "politizar el aula".²⁷

Sin embargo, el diagnóstico de Habermas no va de la mano con las tesis escépticas. Según su reconstrucción, la tensión entre ambos paradigmas del derecho provocó la reciente aparición de un tercer paradigma: el "paradigma del derecho procedimental". Este se presenta como "estructurante" de los otros dos y supone admitir los argumentos provenientes de cada uno de ellos a fin de resolver sus tensiones caso a caso. Dentro de este paradigma, el derecho es entendido como una práctica argumentativa de justificación racional que incorpora tanto argumentos formales como materiales.²⁸ El trasfondo normativo de este paradigma está dado por el "principio de imparcialidad del discurso práctico" e implica incorporar simultáneamente las diferentes concepciones materiales sobre la igualdad y la autonomía.

El modelo de juez de este paradigma es un "juez argumentativo" guiado por las reglas de justificación racional de la argumentación jurídica²⁹ como, así también, de la argumentación práctica en general.³⁰ De esta manera, en aquellos casos donde no se cuestione la justificación

²⁶ En este sentido y refiriéndose en particular al derecho civil, Duncan Kennedy habla de que existen "dos corrientes de doctrina dentro del núcleo doctrinal". KENNEDY, D., *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012, p. 37.

²⁷ KENNEDY, D., *op. cit.*, p. 41; KENNEDY, D., "Politizar el aula", en *Academia. Revista de enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 10, Departamento de Publicaciones, UBA, 2007, pp. 85-94.

²⁸ Alexy, en este sentido, entiende el discurso jurídico como un "caso especial" del discurso práctico. Es parte del discurso práctico toda vez que se pregunta por lo debido y utiliza reglas de la argumentación práctica. Sin embargo, es especial en tanto incorpora elementos formales propios de la autoridad jurídica. Cf. ALEXY, R., *op. cit.*, 2010, p. 51.

²⁹ Cf. ALEXY, R., *op. cit.*, 2010; TOULMIN, S., *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Península, 2007.

³⁰ HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Buenos Aires, Planeta, 1994, Cap. II.

material de la norma, a través de la exigencia de control de constitucionalidad, o no hubiera dudas en torno a su interpretación, el juez deberá guiarse por las reglas formales de aplicación jurídica. Esto quiere decir que deberá utilizar los tradicionales cánones de interpretación jurídica, aceptados por la práctica, para justificar externamente las premisas del silogismo jurídico y aplicarlas de manera subsuntiva. Por el contrario, en aquellos casos donde se ponga en cuestión la justificación de la norma o la interpretación de la disposición jurídica que la contiene, deberá ingresarse en una argumentación sustantiva. Esta argumentación se desarrolla a través de la estructura de la ponderación³¹ de principios de acuerdo a las circunstancias del caso en concreto. Si bien esta etapa argumentativa está llamada a sopesar criterios de justicia que se presentan para el caso en particular, no por ello es una práctica casuística o particularista, ya que está guiada tanto por reglas generales de argumentación práctica como por limitantes formales de la argumentación jurídica.³² Así, estarán presentes las clásicas reglas de libertad, igualdad e imparcialidad argumentativa del discurso práctico general, por un lado, y las reglas de las presunciones *prima facie*,³³ de las argumentaciones dogmáticas para la definición del paso abstracto de los principios en disputa³⁴ y de los casos precedentes del discurso jurídico en particular, por el otro.

Puesto que este paradigma estructura argumentos de los paradigmas del derecho liberal y social para la resolución judicial de casos, también combina sus respectivos métodos de enseñanza. Así se vale tanto de las clases magistrales, para transmitir de forma genérica las reglas de argumentación práctica y jurídica, como del “método de casos”, a efectos de evaluar la justificación concreta de las resoluciones jurídi-

³¹ ALEXY, R., “On balancing and subsumption. A structural comparison”, en *Ratio Juris*, vol. 16, Issue 4, December 2003, pp. 433-449; ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2008, Cap. III; SIECKMANN, J., *El modelo de los principios en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

³² CLÉRICO, L., *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001, Cap. IV (versión en castellano: CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, Cap. IV).

³³ ALEXY, R., *op. cit.*, 2008, Cap. X.

³⁴ SIECKMANN, J., *op. cit.*, 2006, p. 184.

cas.³⁵ En los casos que resulten fáciles, el profesor podrá preparar un “método de casos” con soluciones predeterminadas.³⁶ En cambio, cuando los casos resulten difíciles, se guiará por el “método de casos-problema”. De esta manera, el estudiante incorpora no sólo elementos formales de la práctica jurídica (como normas generales, conceptos y principios) y sus reglas argumentativas específicas (como el recurso al precedente, a la dogmática, etc.), sino que, además, logra familiarizarse con la argumentación sustantiva incorporando, a su vez, reglas para argumentar ordenadamente sus futuros puntos de vista en tanto operador jurídico.

En este paradigma, el profesor tiene un rol intermedio respecto a los otros dos modelos señalados. Si bien no recupera el protagonismo que tenía en el *modelo de formación jurídica como receptor, retenedor y reproductor de reglas jurídicas*, tampoco deja librado todo en manos de la subjetividad del estudiantado como sucede con el *modelo de formación jurídica filosófico-sustantiva* o como propugnan las teorías “realistas”. En efecto, el profesor deberá cumplir su labor de guía y árbitro en la argumentación que se suceda en su clase. El estudiante, a su vez, si bien continúa con su rol protagónico, ya no está abocado exclusivamente a la búsqueda de su propio sentido filosófico, sino que deberá someter sus intuiciones a la discusión pública en pos de un resultado “universabilizable”, lo cual lo lleva implícitamente a aceptar las reglas del discurso y someterse a ellas.

III. CONCLUSIONES: LA ENSEÑANZA DEL DERECHO DE LOS ESTADOS CONSTITUCIONALES DE DERECHO

La concepción del “paradigma del derecho procedimental” elaborada por Habermas, parece ser la mejor reconstrucción teórica acerca de cómo es percibido el derecho por los participantes de la práctica jurídica en los Estados Constitucionales. En efecto, dichos sistemas jurídicos se caracterizan por incorporar principios y formas jurídicas tanto del

³⁵ En un sentido similar, véase: BERNAL PULIDO, C., “Clases de Derecho para estudiantes activos”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 11, nro. 21, Departamento de Publicaciones, UBA, pp. 15-42.

³⁶ Sin embargo, ello no quiere decir que el docente no deba tener la sensibilidad suficiente para dejarse sorprender por las preguntas, interpretaciones, comentarios de los estudiantes, quienes a través de sus intervenciones pueden convertir un caso fácil en uno difícil.

Estado liberal como del Estado social, los cuales conviven en una relación de tensión. Particularmente, en las cartas magnas de tales ordenamientos se hallan, por igual, tanto los principios de seguridad jurídica, división de poderes y primacía del legislativo, como los principios de igualdad, de derecho a salud, de vivienda digna, libertad de expresión, etc., y suelen manifestarse sus tensiones en forma de conflictos constitucionales.

Si admitimos, entonces, que el “paradigma del derecho procedimental” es la mejor reconstrucción del modelo jurídico de los Estados Constitucionales, también debemos admitir sus proyecciones teóricas sobre el modelo de juez que supone y sobre el modelo de formación de los profesionales jurídicos que exige. En este sentido, la formación del “juez argumentativo” supone el desarrollo de habilidades tanto de fundamentación formal como de fundamentación sustancial de sus sentencias. Así, los cursos universitarios en derecho o los cursos para la formación o especialización de jueces³⁷ que se desarrollen dentro de estos sistemas jurídicos deben utilizar métodos tanto propios del modelo de “clase magistral” como del “método de casos-problema”. Los primeros estarán destinados a la enseñanza de los métodos formales de argumentación jurídica y sus reglas de justificación. Los segundos estarán destinados a desarrollar las habilidades argumentativas respecto a la justificación sustancial de la norma que pretende validez para la situación en concreto y, en su caso, de la sentencia que decide aplicarla o no aplicarla.³⁸ La práctica de enseñanza mediante el “método de casos-problema” en particular fomentará el aprendizaje de una estructura de argumentación ordenada para la justificación de las soluciones jurídicas sobre casos di-

³⁷ Para una referencia a la escuela de jueces, véase: CARDINAUX, N. y L. CLÉRICO, “La escuela judicial ¿una escuela para jueces?”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 3, Departamento de Publicaciones, UBA, nro. 3, 2004, pp. 9-64.

³⁸ Esto no quiere decir que se deban excluir otros métodos de enseñanza como “el seminario”, el “taller”, el trabajo en clínicas. Cada uno de ellos con sus particularidades abonan la formación de la parte argumentativa. El formato de seminario y el de taller, porque permiten la discusión teórica grupal, y el de clínica o el de patrocinio jurídico gratuito, porque ambos permiten a los estudiantes trabajar con casos reales, con lo que complementarían el método de casos, además de que permitirían realizar actividades de extensión universitaria a la par de continuar con su formación.

fíciles referidos a cuestiones de análisis sustantivo, como es el caso del control constitucional de las leyes a través del examen de proporcionalidad.³⁹

Por tanto, así como los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales suponen la necesidad de un “juez argumentativo”, también suponen el desarrollo de una enseñanza que combine y supere, por un lado, a aquellas estrategias de enseñanza que pecan de un excesivo formalismo (no dando cuenta así de la posibilidad de cuestionar materialmente a las leyes) y, por el otro, a aquellas estrategias de enseñanza que exacerbaban la formación filosófica (no dando cuenta de la importancia de la argumentación formal que de hecho sucede en la práctica jurídica).

BIBLIOGRAFÍA

AGUILÓ REGLA, J., “Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, en *Revista Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nro. 30, Alicante, 2007.

ALCHOURRÓN, C. y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2006.

ALEXY, R., “On balancing and subsumption. A structural comparison”, en *Ratio Juris*, vol. 16, Issue 4, December 2003, pp. 433-449.

– *Teoría de la Argumentación Jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra, 2010.

– *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudio Políticos y Constitucionales, 2008.

– “The Especial Case Thesis”, en *Ratio Juris*, vol. 12, Issue 4, December 1999, pp. 374-384.

BERNAL PULIDO, C., “Clases de derecho para estudiantes activos”, en *Academia. Revista de enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 11, nro. 21, Departamento de Publicaciones, UBA, pp. 15-42.

³⁹ El examen de proporcionalidad se divide en tres subexámenes específicos: el examen de idoneidad, el examen de adecuación y el examen de proporcionalidad en sentido estricto (también llamado “ley de ponderación”). Los primeros dos exámenes se guían por consideraciones de probabilidad empírica y el tercero en la comparación de argumentos iusfundamentales mediante la “fórmula del peso”. Cf. ALEXY, R., *op. cit.*, 2008, Cap. III; CLÉRICO, L., *op. cit.*, 2001, Caps. I, II y III; BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, Cap. VI.

- BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- CARBONELL, M. (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2008.
- CARDINAUX, N., "Concepciones del derecho: su impacto sobre los métodos de enseñanza", en SCHUJMAN, G. e I. SIEDE (comps.), *Ciudadanía para armar. Aportes para la formación ética y ciudadana*, Buenos Aires, Aique, 2007.
- CARDINAUX, N. y L. CLÉRICO, "La escuela judicial ¿una escuela para jueces?", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 3, Departamento de Publicaciones, UBA, 2004.
- "La formación docente universitaria y su relación con los 'modelos' de formación de abogados", en CARDINAUX, N., L. CLÉRICO, A. MOLINARI y G. RUIZ (coords.), *De cursos y formaciones docentes. Historia de la carrera docente de la Facultad de Derecho de la UBA*, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2005.
- CLÉRICO, L., *Die Struktur der Verhältnismässigkeit*, Baden-Baden, Nomos, 2001 (versión en castellano: CLÉRICO, Laura, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009).
- "Notas sobre los libros de 'casos' reconsiderados en el contexto del 'método de casos'", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 2, Departamento de Publicaciones, UBA, 2004.
- CLÉRICO, L., L. RONCONI y M. ALDAO, "Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento", en *Direito GV Law Review*, São Paulo, 2013.
- D'AURIA, A., "El filósofo como buscador del sentido propio", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 15, Departamento de Publicaciones, UBA, 2010.
- "La filosofía política en la formación del abogado", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 1, Departamento de Publicaciones, UBA, 2003.
- DWORKIN, R., "¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?", en *Isonomía. Revista de Teoría y filosofía del Derecho*, México D. F., ITAM, 2010.
- *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- FASSO, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Pirámide, 1966, trad. de L. F. Lorca Navarrete.

GELLI, M., "La Enseñanza del derecho constitucional en la república democrática (desde la perspectiva del método socrático)", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 3, Departamento de Publicaciones, UBA, 2004.

GÜNTHER, K., "Critical Remarks on Robert Alexy's Special-Case Thesis", en *Ratio Juris*, vol. 6, Issue 2, July 1993, pp. 143-156.

– *Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica*, Alicante, DOXA, 1995, pp. 271-301.

HABERMAS, J., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Buenos Aires, Planeta, 1994.

– *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2010.

HELLER, H., *Teoría del Estado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992.

HENNIG LEAL, M., "La noción de constitución abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el Derecho brasileño", en *Estudios Constitucionales*, año 8, nro. 1, 2010, pp. 283-04.

HERRERA, C., *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2002.

KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, México D. F., UNAM, 1979.

KENNEDY, D., *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Buenos Aires, Siglo XXI.

– "Politizar el aula", en *Academia. Revista de enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 10, Departamento de Publicaciones, UBA, 2007.

LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Ariel, 1994.

MARÍ, E., "La interpretación de la ley. Análisis histórico de la escuela exegética y su nexos con el proceso codificador de la modernidad", en AA. VV., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991.

MARX, K., *Sobre la cuestión judía*, Buenos Aires, Prometeo, 2004.

MORESO, J., *La Constitución: modelo para armar*, Barcelona, Marcial Pons, 2009.

PROUDHON, P., *¿Qué es la propiedad?*, Buenos Aires, Utopía Libertaria, 2005.

RADBRUCH, G., "Introducción a la ciencia del derecho", Madrid, Revista de Derecho Privado, 1930.

RAZ, J., *La autoridad del derecho*, México D. F., UNAM, 1982.

RONCONI, L. y L. VITA, "El principio de igualdad en la enseñanza del Derecho Constitucional", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, nro. 19, Departamento de Publicaciones, UBA, 2012, pp. 31-62.

SAVIGNY, F., *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1979.

SIECKMANN, J., *El modelo de los principios en el derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006.

SOLARI, G., *Filosofía del derecho privado*, Buenos Aires, Depalma, 1946, trad. de Renato Tréves.

TOULMIN, S., *Los usos de la argumentación*, Barcelona, Península, 2007.

ZAGREBELSKY, G., *El Derecho Dúctil*, Madrid, Trotta, 2009.

Fecha de recepción: 17-11-2013.

Fecha de aceptación: 31-12-2013.