

LA INSUFICIENCIA DEL MODELO IUSPOSITIVISTA KELSENIANO Y LOS APORTES DEL MODELO TRIALISTA EN LA ELABORACIÓN DE NORMAS JURÍDICAS *

por María Carla Bostiancic **

RESUMEN

La teoría pura de Hans Kelsen limitó el estudio del Derecho estrictamente al aspecto normativo, encontrándose con el problema de su excesivo abstractismo formalista. Sin embargo, el modelo trialista de Werner Goldschmidt ha venido a conformar un mundo jurídico donde coexisten las dimensiones sociológica, normológica y axiológica, sirviendo de crítica a teorías como la kelseniana donde el Derecho queda reducido a la ley. En base a ello, los elaboradores de normas deben abandonar aquel mundo abstracto e idealizado de la teoría pura en el que conviven solo con leyes expresivas de un deber ser, y mirar de cara a la realidad social tal como lo propone el modelo trialista.

PALABRAS CLAVE

Teoría pura del Derecho, Trialismo jurídico.

ABSTRACT

Hans Kelsen's Pure Theory limited the study of Law strictly to the normative aspect, being excessively abstract. However, Werner Goldschmidt's trialist theory created a normative ordering where sociological, normological and axiological dimensions coexist. This trialist model is useful to criticize Kelsen's model where Law as a whole is reduced to the written law. On the base of that, legislators should abandon that pure theory's abstract and ideal world -where they live just with laws that express a "must be"-, in order to look face to face to the social reality as the trialist theory propose.

KEY WORDS

Pure Theory of Law, Legal Trialism.

I.- Introito

Existen, básicamente, tres modelos Jusfilosoficos que sirven de base para la elaboración de normas jurídicas¹, a saber: el iusnaturalismo, el iuspositivismo y el trialismo.

Cada uno de estos modelos (en sus distintas vertientes) plantea una perspectiva distinta frente a los problemas que deben resolverse a través de la labor legislativa, de aquí que resulte de suma importancia la elección que el legislador realice de uno u otro, pues ello determinará su forma de visualizar y de discutir los distintos conflictos de intereses y las auténticas metas que han de tener las normas jurídicas.

La opción por uno u otro modelo, y la consecuente construcción de la noción de Derecho que esta elección entraña, responde siempre

* Fecha de recepción: 17 de agosto de 2008. Fecha de aceptación/publicación: 2 de noviembre de 2008.

** Abogada. Docente de Grado e Investigadora de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). mcbostiancic@hotmail.com

¹ El presente trabajo se referirá a la elaboración de normas llevada a cabo por los órganos legislativos, esto es, a la labor de los legisladores.

a edificaciones que se producen según intereses, con alcances móviles según las circunstancias².

Podría aseverarse que en la actualidad existe una innegable tendencia hacia el modelo iuspositivista kelseniano. Esta propensión está dada, quizás, por la fuerte formación de grado que reciben los abogados, orientada especialmente al estudio de las normas -como si ellas fueran las únicas fuentes del derecho-, y prácticamente despojada de aportes de tipo sociológicos y axiológicos, lo que importa un análisis del derecho desde un punto de vista lógico sin interesar la realidad social que plantean los hechos ni los valores que la circundan³.

El presente trabajo buscará realizar un abordaje del concepto de la norma desde la perspectiva iuspositivista de Hans Kelsen, para luego lanzarse al estudio de algunos lineamientos sobre el modelo trialista de Werner Goldschmidt. Se analizarán las consecuencias que el tomar uno u otro modelo tiene en la labor de elaboración de normas jurídicas, a fin de demostrar que la elección de la corriente iusfilosófica que realicen los elaboradores de normas, no tiene sólo una importancia teórica, sino que sus repercusiones de índole práctica son de una innegable trascendencia.

II. El modelo iuspositivista de Hans Kelsen

a. Principales postulados

El creador de la teoría pura, Hans Kelsen (1881-1973), limitó el estudio del Derecho estrictamente al aspecto normativo circunscribiendo el mundo jurídico a las normas, remitiendo la realidad social a disciplinas causales como la Sociología, la Economía o la Psicología, y negando rigor científico a la consideración de los valores por creerlos subjetivos⁴.

De esta forma, el propósito de construir una Teoría Pura del Derecho se basó en dos purificaciones: 1) La purificación de la Ciencia Natural y en especial de la sociología jurídica y 2) La purificación de la política, la moral, la justicia y toda ideología. De

² Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel; Complejidad del funcionamiento de las normas, *La Ley* 22/02/2008, pág. 1.

³ La Teoría Pura no sólo está vigente en muchas Facultades de Derecho, sino que el aporte de esta teoría a la construcción analítica del problema jurídico continua atrapando a todos aquellos interesados la interconexión de los jueces y legisladores en un discurso lógico del Derecho.

⁴ KELSEN, Hans; *Teoría pura del derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 28º Edición, 1994 pág. 63.

esta forma, que una conducta sea prescripta por el derecho, no significa que lo sea igualmente por la moral⁵.

La teoría de Kelsen busca sólo conocer lo que es y lo que puede ser el Derecho, y no si es justo o podría serlo. Consecuentemente, la norma es una relación de imputación y no de causalidad, pues la ciencia del derecho no pretende dar una explicación causal de las conductas humanas a las cuales se aplican las normas jurídicas⁶, sino que expresa un 'deber ser' donde la voluntad de alguien atribuye a un hecho una consecuencia.

Al momento de elaborar una norma jurídica interesa el lenguaje, esto es, se centra en la redacción de la norma y que ésta sea coherente y lógica con el resto del ordenamiento jurídico.

Así, la teoría pura se preocupa de saber lo que es y lo que puede ser, y no si es justo o podría serlo, siendo una teoría radicalmente realista que se abstiene de pronunciar juicios de valor sobre el derecho, dado que quiere ser una ciencia y limitarse a comprender la naturaleza del derecho y analizar su estructura⁷.

Con respecto a la idea de justicia, Hans Kelsen criticaba a los juristas que antepoñían esta idea como conformadora del derecho, pues ésta no es más que la imposición de un interés sobre otro (o, a lo sumo, un consenso entre intereses individuales)⁸. No admitía la comprobación negativa de la justicia (la no injusticia) de las normas pues para él, no era siquiera posible saber lo que era la justicia y, en todo caso, el criterio medianamente válido de lo justo se acercaría a lo válido jurídicamente.

En la labor de elaboración de normas, tomar un modelo como el iuspositivismo kelseniano implicaría adoptar una noción del sistema normativo puramente formal en el que las conexiones entre las normas consisten en meras autorizaciones formales⁹. En este orden de cosas, la concepción Kelseniana del derecho maneja una visión estrictamente formal de la validez de las normas jurídicas que depende exclusivamente de criterios formales tales como su creación por una voluntad autorizada a través del procedimiento establecido en una norma superior. Así, la validez normativa se define por la

⁵ KELSEN, Hans; *Obra cit.*, pág. 55.

⁶ KELSEN, Hans; *Obra cit.*, pág. 20.

⁷ KELSEN, Hans; *Obra cit.*, pág. 63.

⁸ KELSEN, Hans; *Obra cit.*, pág. 60.

⁹ De esta forma "la norma jurídica establece una relación entre una condición y una consecuencia, afirmando que si la condición se realiza, la consecuencia debe ser. Pero esta expresión 'debe ser' está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico. La relación que ella establece tiene el carácter de una imputación" Conf. KELSEN, Hans; *Obra cit.*, pág. 68.

operatividad de criterios en los cuales o bien no están presentes contenidos materiales, o bien tal presencia se considera irrelevante, de manera tal que una norma será válida si ha sido creada por un órgano competente a través del procedimiento establecido al efecto en una norma superior¹⁰.

Consecuentemente, la elaboración de las normas jurídicas refleja un proceso donde la voluntad del legislador no está sometida a exigencia racional alguna respecto del contenido de lo mandado, arrojando como resultado un sistema jurídico que se articula como un entramado de delegaciones de poder en el que cada autoridad queda libre para decidir el contenido de las normas que impone.

Así, un elemento esencial del positivismo jurídico kelseniano es que no se puede negar validez a un orden jurídico por el contenido de sus normas, pues la configuración formal de la norma fundamental kelseniana permite su formulación en relación con cualquier orden jurídico eficaz independientemente de la calidad moral de sus contenidos¹¹.

Kelsen reconstruye la unidad del orden jurídico sobre la base de la existencia de una relación de regulación de la producción entre sus normas exponente del carácter institucionalizado que singulariza al Derecho frente a otros fenómenos normativos. De esta forma, la unidad del sistema se trata de una unidad formal que afecta el modo en el que las normas han sido establecidas y no a su contenido.

Se trata de un orden jurídico donde ningún tipo de justificación material o sustancial puede operar como condición suficiente de validez jurídica, siendo que la determinación del órgano es lo mínimo que tiene determinarse en la relación entre una norma superior y otra inferior. Así, se visualiza un sistema que para cada caso o conflicto se limita a prescribir el órgano y el procedimiento de resolución, pero que nada dice del contenido de esa resolución, o que lo que diga en cuanto a los contenidos sea irrelevante para la validez o no de la inferior.

¹⁰ En este sentido, "una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único Derecho válido es el Derecho positivo, el que ha sido "puesto" [...] Referir las diversas normas de un sistema jurídico a una norma fundamental significa mostrar que han sido creadas conforme a esta norma" Conf. KELSEN, Hans; *Obra cit.*, pág. 137.

¹¹ En este sentido, ha explicado el jurista austriaco que "el Derecho puede tener cualquier contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica" Conf. KELSEN, Hans; *Obra cit.*, pág. 136.

b. La insuficiencia del modelo kelseniano

La elegancia teórica de Hans Kelsen se encuentra con el problema insalvable de su excesivo abstractismo formalista, pues la validez formal del Derecho no lo es todo ya que en la misma también cuenta, y mucho, la efectividad real del Derecho dada por su adecuado acoplamiento en la realidad social donde debe desarrollarse¹².

El hecho de considerar a la norma como una relación de imputación genera un distanciamiento notable de ésta respecto de la realidad social, lo que también la aleja de cualquier pretensión de verdad, pues la norma pasa a plantear un mero silogismo que no responde a los parámetros de 'verdad-falsedad' sino a los de 'corrección-incorrección'.

Se considera que en un Estado Constitucional como lo es el argentino, el ejercicio válido del Poder Legislativo está condicionado por la presencia de todo un elenco de valores, principios y derechos que expresan opciones eminentemente morales y que se reclaman jurídicamente vinculantes. Frente a este escenario, el modelo formal kelseniano se ve claramente desbordado pues el sistema jurídico no puede ser comprendido y justificado sólo desde el propio Derecho (tal cual sería un 'autismo jurídico' donde se evitan las impurezas provenientes del mundo social, económico, moral, cultural o político), sino que la creación del Derecho desborda lo estrictamente jurídico.

Recuérdese que las primeras grandes críticas a la Teoría Pura de Kelsen aparecieron tras la llegada democrática al poder estatal alemán de las hordas nazis y los subsiguientes efectos devastadores de su actuar. Se pudo constatar, entonces, que las normas nazis fueron también actos jurídicamente correctos según los postulados de Kelsen, pues eran éstas tan legales en su ordenamiento jurídico como cualquier norma de ordenamiento jurídico formal. Se supo que el iuspositivismo exacerbado podía dar cobertura a fenómenos monstruosos como el nazismo.

En cuanto al pronunciamiento de Kelsen respecto al Derecho y a la justicia, la circunstancia de que el mundo jurídico no pueda ser concebido y estudiado como continente de un complejo axiológico que culmine en la justicia, abre paso a una noción tecnicista del

¹² Al decir de W. Goldschmidt "el merito de Kelsen esta en haber desarrollado la ciencia dogmática en su integridad y con pureza perfecta; su error consiste en haber tomado una separación mental, por una separación real" Conf. GOLDSCHMIDT, Werner. Justicia y verdad. Editorial Fedye. Buenos Aires, 1978, pág. 440.

Derecho que lo concibe como un simple molde formal que puede ser llenado con cualquier ideología¹³.

Surge de esta forma la necesidad de sustituir el modelo positivista kelseniano por otro que pueda dar cuenta de la repercusión que las dimensiones sociales y valorativas adquieren en el proceso de elaboración de normas de los sistemas jurídicos constitucionales.

III. El modelo trialista de Werner Goldschmidt

a. Principales postulados

El fundador del trialismo, Werner Goldschmidt (1910-1987), integró en el concepto de Derecho a la realidad social, a las normas y a los valores, conformando un mundo jurídico donde coexisten sin confundirse tres dimensiones: la sociológica, la normológica y la axiológica o dikelógica. A partir de este concepto del derecho, la norma es entendida como la *captación lógica neutral de un reparto proyectado*.

La teoría trialista del mundo jurídico refiere a repartos de potencia e impotencia (dimensión sociológica), descriptos e integrados por captaciones lógicas (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión dikelógica)¹⁴. A diferencia de la teoría pura, la normatividad trialista se piensa como 'será', no como debe ser¹⁵, constituyéndose en una relación de causalidad.

En este sentido, "la elaboración de normas en sentido amplio comprende la primera subtarea, de la detección de las carencias (lagunas) históricas, en que no se hicieron normas, y la producción de las carencias (lagunas) dikelógicas, en que se descartan las normas existentes porque se las considera injustas, y la segunda subtarea, de la elaboración (integración) propiamente dicha, sea ésta por auto integración con elementos del mismo ordenamiento

¹³ En este sentido, el maestro vienes exponía que "la teoría pura desea combatir las tendencias ideológicas, exponiendo el derecho tal cual es sin tratar de justificarlo o criticarlo, siendo en este sentido una teoría radicalmente realista" Conf. KELSEN, Hans; *Obra cit.*, pág. 63.

¹⁴ Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 29, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2006, pág. 9.

¹⁵ Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "Norma y verdad en la teoría trialista del mundo jurídico", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 25, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2001, pág. 93.

normativo (v. gr. por analogía) o heterointegración, con recurso directo a los valores"¹⁶.

Mientras que en la teoría pura predomina el deductivismo a través de su construcción piramidal, el trialismo utiliza de modo predominante el método inductivo -en el reconocimiento de la realidad social- y el método deductivo -en la estructura del ordenamiento normativo y en el funcionamiento de las normas- y, en su versión originaria, emplea el método intuitivo en aspectos de la dimensión dikelógica¹⁷.

Desde esta visión, como se verá, las relaciones fácticas de poder son fuerzas efectivas que determinan toda ley y disposición jurídica a no poder ser, en esencia, diferentes de como en realidad son.

b. El tridimensionalismo aplicado a la elaboración de normas

Todo análisis desde una perspectiva trialista comienza en la realidad social (*dimensión sociológica*). La ciencia jurídica normológica trata de las adjudicaciones, tanto de las que producen los hombres, como de aquellas otras procedentes de la naturaleza¹⁸.

El objeto de estas adjudicaciones son la potencia y la impotencia, entendiendo por 'potencia' a todo lo que favorece al ser y, en los seres animados, a la vida, y a la 'impotencia' como todo lo contrario. De esta forma, potencia e impotencia consisten, respectivamente, en lo que favorece o perjudica al ser y específicamente a la vida humana de modo que, así como los médicos despliegan la vida a través de la salud, los 'juristas' reparten vida con miras a la justicia¹⁹.

En el caso de la elaboración de normas, el legislador tiene una importante tarea como generador de repartos. En esta labor interesa conocer las cuáles son las influencias humanas difusas o el azar, quiénes las producen, quiénes se benefician y se perjudican con el reparto y en qué aspectos de sus vidas se benefician o perjudican,

¹⁶ Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel; Complejidad del funcionamiento de las normas, *La Ley* 22/02/2008, 1.

¹⁷ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica*, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000, págs. 54 y ss.

¹⁸ GOLDSCHMIDT, Werner; "Semblanza del trialismo", *El Derecho*, tomo 113, pág. 733. Explica en este artículo de doctrina el Maestro Goldschmidt que cuando las adjudicaciones de potencia e impotencia son realizadas por los hombres se llaman 'repartos', mientras que si son causadas por la naturaleza se denominan 'distribuciones'.

¹⁹ Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel; Complejidad del funcionamiento de las normas, *Obra cit.*, pág. 1.

cómo se adoptan las decisiones, cuáles son los móviles o razones de la elaboración de la norma.

De todas estas cuestiones, una muy interesante en la labor legislativa es la relativa a los móviles de los repartos²⁰, y su fuerte vinculación a la presión que sobre la tarea legislativa ejercen diversos factores de poder imperantes en la realidad social.

Es precisamente en este punto en torno a la existencia e influencia de los factores reales y efectivos de poder, que los lineamientos que establece Ferdinand Lasalle (1825-1864) resultan de suma actualidad y utilidad para ser traspolados al ámbito de la tarea de elaboración de normas.

En la obra *¿Qué es una constitución?*²¹ (publicada en base a dos conferencias pronunciadas por Lasalle en el año 1862) explica que los legisladores crean leyes bajo la influencia de factores de poder originados por los múltiples condicionamientos que las circunstancias, propiciadas por estos factores, imponen a los repartidores.

El abogado y político alemán, cuando refería a estos poderes, incluía a los que responden a intereses de índole política -como la monarquía y la aristocracia-, de índole económica -como la gran burguesía y los banqueros-, de índole moral - la conciencia colectiva- y de índole social -la cultura general-. Es innegable la existencia en la actualidad de factores de poder vinculados a los intereses económicos, la política, la religión y la prensa.

²⁰ Téngase presente que los 'móviles' no son lo mismo que las 'razones' de los repartidores. Para demostrarlo, W. Goldschmidt utiliza el siguiente ejemplo "un gobierno puede, antes de unas elecciones, dar una ley protectora de los inquilinos con fines electorales, por constituir los inquilinos un grupo considerable de electores. No obstante, la ley puede tener y tendrá otro fundamento, por ejemplo, la escasez de vivienda". De esta forma, "las razones alegadas, pueden, o no, haber sido los verdaderos móviles de los repartidores. Muchas veces las razones alegadas constituyen meros pretextos detrás de los cuales se esconden móviles bien diferentes" Conf. GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al derecho*. Sexta edición. Editorial. Depalma. Buenos Aires, 1996, pág. 57

²¹ LASSALLE, Ferdinand; *¿Qué es una constitución?*, Biblioteca virtual de la Fundación Antorcha. disponible en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/lassalle/6.html. En la obra, el autor plantea el ejemplo de que a causa de un gran incendio su país queda despojado de todas sus leyes sin otro remedio que darse otras nuevas. Frente a esa situación explica que el legislador no podría ponerse a trabajar a su antojo, haciendo las leyes que mejor le pareciesen a su libre albedrío, pues existen diversos factores reales de poder que rigen en el seno de cada sociedad y que informan todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que no puedan ser, en sustancia, mas que tal y como son.

Tal es la relevancia de estos factores reales de poder que el autor menciona, que cuando los mismos se extienden en una hoja de papel "ya no son simples factores reales de poder sino que se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado"²².

Este es un fenómeno que no puede ser desconocido, ya que los móviles que llevan a los legisladores a elaborar normas bajo la influencia de factores de poder condicionan fuertemente su labor como repartidores.

La ciencia jurídica normológica (*dimensión normológica*) capta e integra las adjudicaciones de potencia e impotencia mediante normas imperativas²³.

Conforme la teoría trialista, la norma es la captación lógica neutral de un reparto proyectado. Se trata de una 'captación' porque nace de la realidad social, es decir, resulta en una construcción de tipo lógica y no psicológica.

La captación es 'neutral' porque es realizada desde el punto de vista de terceros y no desde el punto de vista de los protagonistas, por lo que puede ser verdadera o falsa no sólo en cuanto al contenido de la voluntad de los repartidores sino respecto de su cumplimiento²⁴.

Esta captación lo es de un 'reparto', esto es, de una adjudicación realizada por hombres que tiene por objeto una potencia o impotencia. Estos repartos son 'proyectados' porque la norma capta algo que se piensa para el porvenir, remitiéndose a lo que está en un futuro.

Además, para el modelo trialista las normas tienen pretensión de verdad, de hecho "el propósito trialista es referirse a la verdad de las normas, no sólo en cuanto a contenido de la voluntad de los autores sino respecto de su cumplimiento y de la influencia que las propias normas ejercen sobre los hechos"²⁵.

La ciencia jurídica de la justicia (*dimensión dikelógica*) se compone del tratamiento de la justicia como valor y del abordaje de su forma y contenido^{26 27}.

²² LASSALLE, Ferdinand; *¿Qué es una constitución?*, Obra cit.

²³ GOLDSCHMIDT, Werner; "Semblanza del trialismo", Obra cit, pág. 733.

²⁴ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "Bases de la integración jurídica trialista para la ponderación de los principios", *Obra cit.*, pág. 10.

²⁵ Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "Norma y verdad en la teoría trialista del mundo jurídico", *Obra cit.*, pág. 92.

²⁶ GOLDSCHMIDT, Werner; "Semblanza del trialismo", *Obra. cit*, pág. 733.

El fundador del trialismo, al sostener la objetividad de los valores, creyó que la justicia era un valor absoluto y natural²⁸. Sin embargo, aún cuando se pueda disentir con la postura del maestro Goldschmidt, la discusión acerca de la objetividad o subjetividad de la justicia puede superarse “mediante la construcción de acuerdos fundamentales al respecto que permitan un desarrollo científico a partir de ellos”²⁹.

En definitiva, cualquiera sea la postura que se adopte de la justicia, puede decirse que la concepción trialista reconoce en el mundo jurídico la existencia de un complejo axiológico constituido por la justicia y por el resto de los valores vinculados a ésta. Y ello no puede ser de otra forma, pues es innegable que en todas las normas existe un contenido valorativo.

Según la construcción trialista, un régimen es justo cuando es *humanista* y toma a cada individuo como un fin y no como un medio, según lo hace en cambio el totalitarismo³⁰. De esta forma, “el contenido de la justicia del régimen se constituye con el humanismo y la tolerancia. El humanismo -que debe ser generalmente abstencionista y sólo excepcionalmente intervencionista- requiere el respeto a la unicidad de cada cual que conduce al liberalismo político, como protección del gobernado contra el gobernante; la satisfacción de la igualdad, que se logra a través de la democracia, y la comunidad que se obtiene mediante el respeto a las res publica. Para que se satisfaga el régimen de justicia es necesario proteger al individuo contra los demás individuos, frente al régimen, respecto de sí mismo y ante todo lo demás (enfermedad, ignorancia, miseria, etc.)”^{31 32}.

²⁷ En este sentido, “el principio supremo de justicia, en su forma colectiva, consiste en organizar la agrupación de tal suerte que cada uno disponga de una esfera de libertad tan amplia que le sea posible desarrollar su personalidad, convertirse de individuo en persona, en otras palabras, personalizarse” GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al derecho*. Obra cit., pág. 439.

²⁸ GOLDSCHMIDT, Werner; “Semblanza del trialismo”, *Obra. cit*, pág. 736.

²⁹ Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel; “Perspectivas estratégicas del razonamiento y la actuación de los jueces”, *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2004-I, pág. 1070.

³⁰ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; *Reflexiones integrativistas sobre la seguridad*, espacio de conferencias virtuales de la escuela superior de derecho, 2004, <http://www.conferencias.org.ar/ocs/index.php?>, disponible en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/download/946/856>

³¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel; Ubicación de la justicia en el mundo del valor (el asalto al valor justicia), *Investigación y docencia*, volumen 39 (2006), pág. 157.

³² Refiere Goldschmidt que el liberalismo político no debe ser confundido con el liberalismo económico o con el filosófico. El liberalismo político “consiste en la organización del amparo del gobernado contra el gobernante y constituye una de las inmarcesibles conquistas de la humanidad” Conf. GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al derecho*. Obra cit., pág. 443.

Así, en lo que hace a la elaboración de normas, tanto éstas como los repartos deben constituirse con miras al valor justicia.

IV. Reflexiones finales

Realidad, norma y justicia son tres conceptos estrechamente ligados entre sí. El Estado en ejercicio de su función legislativa, para lograr que la idea de justicia se vea plasmada en las normas, debe poder adecuar rápidamente la legislación a las necesidades de la realidad social e incluso poder entrever las contingencias que en el futuro cercano ocurrirán. De lo contrario, la sociedad se sentirá incómoda, disgustada, y defraudada con las normas jurídicas que rigen su vida.

Si bien la democracia plantea problemas de convivencia entre los muy diferentes bloques sociales que componen a la población, los legisladores no deben ser autistas sino que han de estar abiertos a todos los sectores y amenizar tales diferencias fomentando la tolerancia entre los diversos bloques. Recuérdese que un Derecho justo es el que está al servicio de la vida y para facilitar la solución de sus problemas, y no al revés³³.

Asumida la importancia de una visión trialista del derecho, es de fundamental importancia comenzar por modificar la forma en que los estudiantes de derecho (algunos de ellos, potenciales legisladores) son educados puesto que en el positivismo jurídico normológico, se instruye al alumno acerca del contenido de las leyes y decretos y quien sepa reproducir de memoria el articulado del código civil, inclusive con sus anotaciones, se hará acreedor a la medalla de oro, dándose la deficiencia de que nada se cuenta al estudiante sobre la técnica de la legislación³⁴. De esta forma "el positivismo jurídico se traduce en la enseñanza (y en los exámenes que controlan su éxito) en un enciclopedismo. Los alumnos son considerados computadoras a quienes hay que alimentar con hechos (...). En cambio, no suelen enseñarse los métodos que hacen posible la 'investigación de los hechos jurídicos'"³⁵.

³³ En este sentido, "la búsqueda de un proyecto político constitucional abierto a las múltiples visiones que emergen en el mundo de lo social, o que se encuentran latentes en su trastienda, reavivará el flujo de todas aquellas alternativas que aspiren a este objetivo común: la defensa de una pluralidad, en la que, obviamente, no tiene cabida un legislador tirano, impasible a las diversas corrientes sociales, y súbdito al servicio de una única, verdadera e irrevocable ideología" conf. TEJADA GORRAIZ, Queralt; "La crisis de la ley", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 2-1999, disponible en <http://www.uv.es/CEFD/2/queralt.html>.

³⁴ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner. *Justicia y verdad. Obra cit.*, pág. 579.

³⁵ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner. *Justicia y verdad. Obra cit.*, pág. 578/579.

Cabe preguntarse acerca de los motivos por los cuales los abogados son formados en base a concepciones unilaterales y bien reduccionistas del derecho como lo es el iuspositivismo kelseniano. La respuesta no se encuentra en la casualidad, sino en ciertos intereses de diferentes fuerzas de poder que ejercen el control y conducen el proceso social, que promueven un control social que favorece a sus objetivos, muchas veces ligados a la preservación y concentración de riqueza y el poder. El Trialismo permite desenmascarar este juego de los factores del poder subyacente al Derecho y mostrar al estudiante una triple enseñanza del mundo jurídico que comprenda la realidad social, el conjunto de las normas y las valoraciones insitas en ambos³⁶.

De aquí que sea necesaria la crítica a una concepción del Derecho solo fundada sobre la razón práctica, y la reconstrucción de una realidad "recortada" donde el derecho queda reducido a la ley. Para esto, los elaboradores de normas deben mirar de cara a la realidad social y abandonar aquel mundo abstracto e idealizado en el que conviven solo con normas expresivas de un deber ser, pues "es increíble que uno de los papeles más importantes del jurista, el de legislador, se pierda en el estudio universitario en la noche positivista"³⁷.

Los legisladores deben ser capaces de develar o hacer visible 'lo que está detrás' del fenómeno social, guiados por el valor justicia, lo que no es sino dirigir su mirada a las necesidades que se reflejan realidad social para estimarlas y reconocerlas como valiosas.

De esta forma, el legislador no puede tomar en consideración solo el hecho empírico que pretende regular, sino que debe considerar el valor que se pretende realizar en el momento de la aplicación de dicha norma. Asimismo, tampoco puede tomar en cuenta la situación ideal que intenta crear con la aplicación de la norma, sino que debe atender a la realidad empírica que intenta regular. Así, la labor legislativa consiste en mezclar el hecho empírico que se intenta regular y el valor que se pretende plasmar en la realidad.

En términos trialistas, los elaboradores de normas deben tener en miras la realidad social y, apelando a la justicia como principio rector, esto es, repartir eficazmente aquello que promueva la vida a

³⁶ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner. *Justicia y verdad. Obra cit.*, pág. 584.

³⁷ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner. *Justicia y verdad. Obra cit.*, pág. 585.

fin de "proteger la libertad del individuo de transformarse de un hombre a una persona"³⁸.

En definitiva, si la elaboración de normas equivale a la labor de repartir vida, la teoría pura de Kelsen no resulta eficaz pues al decir del maestro Goldschmidt, la vida misma no es expresable en términos lógicos.

³⁸ Conf. GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción Filosófica al derecho. Obra cit.*, pág. 428.