

EL TRIALISMO vs LA TEORIA PURA DEL DERECHO.

Posibilidad de aplicación.

Abog. Joel Melgarejo Allegretto

INTRODUCCION

De las Facultades Latinoamericanas en Derecho que he tenido la oportunidad de visitar¹ se evidencia en la enseñanza objetivos parecidos, si bien es cierto no se encuentran en forma taxativa en sus idearios o visiones, se percibe el auge en dotar al alumno de conocimientos del contenido de los enunciados prescriptivos de las leyes, al parecer la consigna radica en que cuanto mayor numero de leyes o códigos el estudiante conozca mejor profesional del derecho este será.

Hoy en día la gran mayoría de los Poderes Judiciales del mundo con corriente Europeo continental, tenemos el mismo déficit y las mismas necesidades, comenzando por una gran cantidad de Facultades en Derecho mediocres, gran cantidad de Abogados mediocres y nuestra desconfianza hacia la función del Poder Judicial. Esta realidad que supongo identifica el día a día del lector, he sostenido que es producto del Sistema Europeo Continental que adoptamos en la mayoría de nuestras Instituciones Jurídicas.

Ahora bien, está línea de pensamiento particular posterior a las clases de Teoría General de Derecho en el Doctorado de la Universidad Nacional de Rosario, ha encontrado a otro responsable, ya no solo al sistema Europeo Continental, sino, a la Teoría Pura del derecho el cual en su carácter de cómplice es la base Jurídica Política del Sistema Europeo continental.

Con esta introducción, paso a desarrollar para que usted, comprenda como llegó a estas afirmaciones, realizando una comparación entre la Teoría Pura del Derecho cuyo padre es Hans Kelsen y la Teoría Trialista cuyo nacimiento y perfeccionamiento son atribuidos a Wernes Goldsmidt y Miguel A. Ciuro Caldani.

¹ Paraguay, Argentina, Colombia, Perú, Chile y Brasil.

1. Para adentrarnos al tema en estudio.

Al estudiar o leer las teorías del derecho, la mezcla de conceptos vienen a la mente al preguntarnos esta teoría corresponde a la Filosofía Jurídica, la Ciencias Jurídicas, la Sociología o a la Teología, al leer a Santo Tomás. Ahora bien, Werner GOLDSCHMIDT, sostiene lo que denomino Obertura del Capítulo I de su libro Introducción Filosófica del Derecho en el apartado II, *fenómeno jurídico*. Me permito utilizar este título de fenómeno jurídico a las teorías que pasare a confrontar a fin de meridianamente sostener si los mismos pueden ser o no aplicados por los Jueces de nuestra región al dictar sus resoluciones judiciales, y puntualizar el por que de su aplicación o no.

Dentro de este razonamiento y en la misma línea, el mismo Werner GOLDSCHMIDT, sostiene que “... si pasamos revista a lo que en la vida cotidiana suele llamarse “lo jurídico”, nos encontramos, en primer lugar, con una congerie de conductas llevadas a cabo por jueces, secretarios, funcionarios del ministerio público, abogados del Estado, abogados, procuradores, escribanos, ...” Estos fenómenos jurídicos tiene una explicación pero más allá de la explicación, a lo ahora de dictar resoluciones por lo Magistrados o en el afán de sostener una posición jurídica las partes, estos debe sostenerse dentro de una teoría que sustente el fenómeno jurídico, es lo que normalmente decidimos a diario los hombres de derecho al manifestar ... que sustento jurídico tenes ante tal posición..., esta posición debe buscar el sustento en una teoría que explique el fenómeno jurídico y por mi parte como anticipaba pretendo visualizar someramente la diferencias y la posibilidades o no de aplicación del fenómeno jurídico dentro de la teoría pura del derecho o la teoría trialista.

Es importante destacar con meridiana claridad que tanto Werner GOLDSCHMIDT (1910-1987), fundador del trialismo, como Hans KELSEN (1881-1973), creador de la teoría pura, coincidieron respecto de la necesidad de *pureza* en el Derecho² Kelsen entendía que la *pureza* era “el principio lógico o epistemológico de la evitación de cualquier sincretismo metódico³.

En cambio, en la teoría trialista, tanto las *normas* (dimensión normológica) como los *repartos*¹² (dimensión sociológica) y los *valores* (dimensión axiológica o dikelógica) forman parte del mundo jurídico, hallándose íntimamente ligados pero sin confundirse⁴

² CIURO CALDANI, “Metodología Jurídica. Metodología Jurídica”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000, Pag. 51.

³ KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho y teoría egológica”, trad. Eduardo García Máynez, en “La Ley”, t.72, p. 751

⁴ LA TEORÍA TRIALISTA FRENTE A LA TEORÍA PURA. REFLEXIONES COMPARATIVAS SOBRE TRES CUESTIONES JURÍDICAS RELEVANTES .Mariano H. NOVELLI. ISSN 1851-0884

2. La teoría Pura del Derecho. Hans Kelsen⁵.

El Jurista viene considerado de esta ciudad ya que estudio en la Universidad del mismo nombre, ha dejado en claro en sus obras que la denominada teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo en general y no del derecho particular y de esta manera limitarse a conocer única y exclusivamente su objeto.

Como principio fundamental no tenía otro más el de eliminar de la ciencia del derecho todos los elementos que le son extraños.⁶ Tal es así su línea de pensamiento que la Teoría Pura del Derecho es tenida en cuenta en nuestras Constituciones y las normas que regulan las técnicas de la hermenéutica al momento que los Magistrados deben de razonar para dictar sus sentencias, todos estos dentro de una corriente ius positivista de extrema.

2.1 La teoría pura como norma.

Kelsen sostiene en sus libros que el derecho como norma (o, más precisamente, como un sistema de normas, como un orden normativo), y se limita la ciencia del derecho al conocimiento y descripción de normas jurídicas y de las relaciones que ellas constituyen entre los hechos por ellas determinados, se acota el derecho frente a la naturaleza, y a la ciencia del derecho, como ciencia normativa, frente a todas las demás ciencias que aspiran a un conocimiento por leyes causales de los acontecimientos fácticos. Así se logra por fin un criterio seguro, para separar unívocamente la sociedad de la naturaleza y la ciencia social de la ciencia natural.-

(...) Si bien la ciencia del derecho tiene como objeto normas jurídicas y, por ende los valores jurídicos que éstas constituyen, los enunciados jurídicos que formulan son, como las leyes naturales de las ciencias naturales, una descripción axiológicamente adiafóra de su objeto.

Es decir, esa descripción se cumple sin referencia a ningún valor metajurídico, y sin ninguna aprobación o desaprobación emotiva. Quien, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, afirma en su descripción de un orden jurídico positivo, que en ese orden jurídico, bajo determinadas condiciones, debe

⁵ Praga, 11 de octubre de 1881 – Berkeley, California, 19 de abril de 1973) fue un jurista, político y filósofo del derecho austríaco de origen judío.

⁶ Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2010, Libros Hidalgo, Colombia, pág. 21

llevarse a cabo cierto acto coactivo determinado por aquel orden, efectúa esa afirmación aun cuando la atribución del acto coactivo a su condición le parezca injusta y, por tanto, la desapruebe.

2.2. La teoría pura desde el análisis sociológico.

Las relaciones entre los hombres sólo interesan, como objeto de la ciencia del derecho, en cuanto, como relaciones jurídicas, constituyen el objeto de un conocimiento jurídico, vale decir, en cuanto son relaciones constituidas mediante las normas jurídicas. La ciencia del derecho intenta concebir "jurídicamente" su objeto, esto es, concebirlo desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de derecho⁷.

2.3 Aplicación.

Y de qué manera opera la misma?, pues bien, si bien es cierto las mayoría de las Constituciones de la región sudamericana están redactadas dentro de una estructura primaria similar a la Norteamericana al consagrar los derechos y garantías de las personas, por otro lado dentro de este mixtin característicos de nuestra región incorpora principios que establecen que el Poder Judicial es el custodio de la Constitución, que sus Magistrados deben interpretarlas, cumplirlas y hacerla cumplir, en este orden de ideas, nuestros Código Procesales Civiles establecen los deberes de los Jueces establece en uno de sus incisos que lo estos resolverán los juicios siempre según la ley, sin que le sea permitido juzgar del valor intrínseco o la equidad de ellas.

Esta posición Constitucional y la normativa procesal, que rigen verticalmente la forma de Juzgar de los Jueces es una concepción Europeo continental del sistema de Justicia, con lo cual priva al Magistrado a la auto determinación normativa, la cual posee su concepción en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen dentro la estructura del ius positivismo, con lo cual impide bajo pena de mal desempeño de funciones salir de la previsibilidad normativa del legislador y la fría letra de la norma. Imposibilita que el Magistrado realice un estudio de adecuación normativa entre la fecha en que se dicto la norma y la fecha de aplicación —que por lo general son de décadas- con realidades y necesidades distintas.

⁷ Teoría pura del Derecho, traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1986. Traducción de la segunda edición en alemán de 1960. Capítulo III, Pág.1.

También, la responsabilidad del sistema de Justicias debido al denominado control de constitucional prohibitivo a los Magistrados dentro del sistema Europeo Continental y la idea de Hans Kelsen al optar por un Tribunal Constitucional para interpretar las Reglas Constitucionales como brazos ejecutores del Parlamento y por ende externos al Poder Judicial, negando la posibilidad de interpretación o control de la Constitucionalidad al Poder Judicial, parchándola con el macabro Recurso Extraordinario de Casación.

Ahora bien para ordenar las ideas citadas, Hans Kelsen ha desarrollado con claridad la corriente ius positivista adoptando en la norma, todo enunciado que reglamenta la vida de las personas, ante esto el concebía una constitución de reglas y no de principios, en este orden de ideas, el Poder Judicial solo debía cumplir, y hacer cumplir las normas aplicando un sistema de silogismo deductivo, instaurando para uniformar criterios el recurso extraordinario de casación en las Cortes y la Interpretación de las normas ante la Constitución de Reglas era atribución de un Tribunal Constitucional con naturaleza política y no jurídica como brazo del Parlamento.

Esta estructura operativa de justicia lo concebía dentro del Poder Judicial *"Al descartar de este modo todo juicio de valor ético o político, la teoría del derecho se convierte en un análisis lo más exacto posible de la estructura del derecho positivo"*⁸. Tal es el pensamiento dentro de esta estructura que sostenía que *"...Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundamental básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico..."*⁹.

*(...) Dado que las normas jurídicas, en cuanto prescripciones. Es decir, en cuanto mandamientos, permisiones, facultamientos-, no pueden ser ni verdaderas, ni no verdaderas, aparece la cuestión de cómo pudieran aplicarse los principios lógicos, en especial, el principio de no contradicción y las reglas de inferencia, a las relaciones entre normas jurídicas (como la teoría pura del derecho lo ha efectuado siempre), si, conforme con la opinión tradicional, esos principios sólo se aplican a las expresiones que pueden ser verdaderas o no verdaderas.*¹⁰

⁸ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 1982, Ed. EUDEBA, Argentina, pág. 134

⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 1993, Ed. Porrúa, México, pág. 205

¹⁰ *Teoría pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1986. Traducción de la segunda edición en alemán de 1960. Capítulo III, Pág.3.

3. La Teoría Trialista Werner GOLDSCHMIDT¹¹.

Dentro de un estudio de la filosofía general y teorías referidas al Derecho y los valores, Goldschmidt ha construido una compleja teoría que pretende dar cuenta del fenómeno jurídico, cuya construcción intelectual denomina Mundo Jurídico. Dentro de este análisis sostiene la comprensión trialista partiendo de los repartos de potencia e impotencia y al orden de los repartos (dimensión sociológica), denotando su captación lógica y neutral en una norma (dimensión normológica) y, contrastarla con la valoración de ambos desde el punto de vista de la justicia, valor superior dentro del plexo axiológico y al que debe tender todo orden jurídico (dimensión dikelógica).

Explica su creador que, para poder definir que hechos de la vida social interesan al Derecho (dimensión sociológica), debemos recurrir al criterio valorativo. En este sentido, ingresa a la órbita del Derecho todo acto susceptible de ser valorado como justo o injusto. Luego, estos actos serán captados o no por normas (dimensión normológica) y, finalmente, valorados los actos y las normas (dimensión dikelógica) como justos o injustos a la luz de los valores¹².

Ahora bien, dentro de estos elementos concatenados que en palabras de Ciuro Caldani al expresar la dentro de lo que él denomina ideas básicas, en el libro *La historicidad de la Formalización y del funcionamiento de las normas*, sostiene que la jusfilosofía en respuesta a la teoría trialista del mundo jurídico es la superación de la *simplicidad* de la referencia normativa con que la teoría pura ha abandonado la comprensión de la causalidad causal y los planteos críticos, nos planteamos como es aplicada cuando el jurista debe resolver los conflictos judiciales y como debe plantearlos los abogados, en otras palabras como hacer operativa esta teoría en la aplicación de la hermenéutica jurídica.

3.1. La dimensión sociológica.

La teoría trialista está compuesta por tres dimensiones; la sociológica, la normológica y la dikelógica, la primera, sustentada en los hechos de la vida considerados como repartos: Los repartos son adjudicaciones de potencia e impotencia provenientes de la conducta de seres humanos determinables. Al decir de Goldschmidt, “potencia” es todo lo que favorece al ser y, en los seres animados, a la vida; “impotencia” es todo lo contrario¹³, para de esta manera no perder de vista la realidad social y reglar las conductas o decidir sobre esta dentro de los parámetros que los repartos lo exijan.

¹¹ (Berlín, 1910 - † Buenos Aires, 1987) fue un jurista judío alemán, creador de la teoría trialista del mundo jurídico.

¹² GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al Derecho*, 4ª ed., Bs. As., Depalma, 1973, págs. 194

¹³ (GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. 54 y ss.). También puede c., v. gr.: CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La noción de potencia y la integración del Derecho en la vida”, en “El Derecho”, t. 136, págs. 955 y ss.

Debemos tener presente que la nuestros sistemas normativos poseen leyes muchas de ellas inaplicables por los tiempos modernos en que vivimos por lo cual, al tener en cuenta a los repartos estos, nos demuestran una visión real de la situación.

3.2 La dimensión normológica.

El trialismo debemos entenderla como una concatenación de tres elementos, luego de calibrar los repartos y las necesidades, los mismo se analizan dentro de enunciados prescriptivos generales con captación lógica neutral de un reparto proyectado dentro de los límites de la causalidad, cabe destacar el orden de las dimensiones ya que la desde el punto de vista de terceros como manifiesta CIURO CALDANI las fuentes reales del derecho son los repartos sean estas materiales –realidad social- o formales – constituciones, normas-, pero sin permitir que se oculten las adjudicaciones ya sean de reparto o de distribución, debajo de abstracciones como la voluntad de la ley.

3.3 Dimensión Dikelógica.

El Maestro Cuiro Caldani en su Libro Metodología Dikelologica sostiene: “...Quizás pueda sostenerse que la Dikelogía está hoy en relativas condiciones de desprenderse de las bases metafísicas y ontológicas que a menudo se le asignaron y asumir, prescindiendo relativamente de los contenidos, un “estadio metodológico”¹⁴.

Esta dimensión se concatena con las dos anteriores al dotar de vida al ser operativa al dotar al enunciado de valores elevados a la calidad de entes ideales exigentes de justicia y a los valores como idelidades “ construida”. La intención de entre lazar las tres dimensiones se fortalecen al contrastar la dimensión sociológica que en sustento a los repartos identifica el ser de la realidad social de vida y aplicando la dimensión dikelógica con la atención del deber ser de justicia, al ser insertado en la norma.

Una cuestión importante expone la utilidad de visualizar a la persona desde la triple perspectiva socio-normo-dikelógica: cada conjunto de repartos, cada conjunto normativo y la justicia de cada conjunto de repartos son *lo que las personas que los integran los hacen ser*; pero, al mismo tiempo, cada persona es *lo que el conjunto de los repartos, el conjunto de las normas y la justicia del conjunto de repartos la hacen ser*²⁷. De esta manera, se evidencia la profunda interacción existente, y se ubica al ser humano en su auténtico lugar en el mundo jurídico¹⁵.

¹⁴ CUIRO CALDANI, Miguel Ángel, Metodología Dikelógica, 2da Edición, Fundación para la investigación jurídica, Rosario 2007, pag. 15.

¹⁵ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Los derechos humanos en el trialismo”, en “El Derecho”, t. 129, págs. 955 y ss.

3.4. Aplicación.

Ahora bien, al realizar un análisis de la aplicación de la Teoría Trialista no podemos más que significar que es una corriente adaptable en la función argumentativa y hermenéutica de los Magistrados al Juzgar los casos y conflictos ya que estos; deben ceñirse dentro de las tres dimensiones analizando:

En primer término; la realidad social y las consecuencias sociales, las consecuencias en la vida de las personas, el reparto que son objeto de juzgamiento – dimensión sociológica-.

En segundo lugar; debe adecuarse a la norma que se adecua para otorgar solución al conflicto, a fin de adecuarse a la dimensión normológica.

En tercer lugar, el razonamiento jurídico que nace una persona que posee ideales y valores debe contrastarlo con la función de hacer justicia y optar por la solución jurídica pero socialmente aplicable en la vida real dentro de repartos pre establecido, en contexto con la normativa, para cerrar el círculo y aplicar la dimensión dialéctica.

4. Las diferencias entre la teoría pura del derecho vs. La teoría trialista.

Debemos de comprender que la teoría trialista no es una mera ampliación de la teoría pura del derecho de Kelsen, sino por el contrario posee puntos de partida, como visiones totalmente distintas, Kelsen apuesta a un ius positivismo cerrado, donde el Magistrado debe obedecer la norma dentro de una fórmula lógica dialéctica, a fin de cumplir con el parecer del Parlamento quien dicta las normas, no posibilita un mero abordaje a las consecuencias saludables, democráticas, objetivas y menos el axioma de la justicia, equidad, verdad, o derecho. El Poder Judicial, mejor dichos sus operadores –Magistrados- aplican la voluntad Parlamentaria, sin sopesar la validez o no de la decisión.

Por su parte la Teoría Trialista, necesita de sujetos pensantes, dinámicos, preocupados por la realidad social y con valores, ideología creadores del derecho.

A continuación a fin de detallar las diferencias de las diversas teorías expongo un contraste entre los elementos o dimensiones de ambas teorías:

- 4.1. **LA NORMA, teoría pura:** En primer lugar debemos destacar que para Kelsen la norma es considerada como el DEBER SER, con consecuencias a un hecho excluyendo la causalidad

- 4.2. **LA DIMENSION NORMOLÓGICA, teoría trialista:** Determina como será la norma dentro de la captación lógico neutral de un reparto proyectado e incluyendo la causalidad.
- 4.3. **EL ASPECTO SOCIOLOGICO, teoría pura:** Identifica como el lugar donde se aplica la norma estándar, lugar de incidencia de la norma
- 4.4. **LA DIMENSION SOCIOLÓGICA, teoría trialista:** calibra el impacto y necesidades a través de los repartos de distribución por influencias humanas difusas, determinan el deber ser.
- 4.5. **LOS VALORES, EL DERECHO Y LA MORAL, teoría pura:** Todos los valores son subjetivos, un mero ideal, y externo al derecho.
- 4.6. **LA DIMENSION DEKELÓGICA, teoría trialista:** Sostiene la objetividad de los valores de justicia dentro y fuera del sujeto.

5. Sistemas jurídicos en la cual se desenvuelven la teoría pura del derecho y la teoría trialista. Conclusión.

En el mundo jurídico existen dos sistemas claramente establecidos, los cuales son el Sistema Anglosajón y el Sistema Europeo Continental. Entre esto sistemas, con ideológicas y particularidades en la función de los Jueces he identificado a cada una de las teorías desarrolladas en este ensayo.

Por un lado el **Sistema Anglosajón** sustentando el razonamiento de la hermenéutica jurídica dentro a la *íntima convicción*, la cual es la línea de pensamiento necesario para que un jurado otorgue un veredicto en un juicio, evaluando un parecer jurídico de la sociedad, para que posteriormente el Juez, quien más allá de ser jurista es un ser pensante que posterior a la Sentencia de 1803 conocida como *MARBURY VS. MADISON*¹⁶, se ha otorgado jurisprudencialmente la posibilidad al Juez de cualquier rango en evaluar la procedencia de la aplicación de una norma, teniendo en cuenta el factor social del momento, así como su parecer ideológico y axiológico teniendo como insignia guía una Constitución de Principios, los cuales no ameritan interpretación mayor debido a ser directrices positivas con enunciados positivos.

¹⁶ Véase Marbury v. Madison, Sobre el origen del Control Judicial de Constitucionalidad de Jorge Alejandro Amaya.

Este sistema se encuentra diseñado a mi humilde parecer dentro de los parámetros que Werner GOLDSCHMIDT, ha tenido en cuenta para la aplicación del sistema trialista, donde el Magistrado es un ser racional que debe crear normas de conductas con su resolución judicial al establecer en tiempo real la consecuencia social de conformidad a los repartos dentro de los límites dekológicos.

Por el otro, **el Sistema Europeo Continental**, sustentado en la hermenéutica de la sana crítica, la cual sostiene como único parámetro la norma como voluntad Popular, dictada por el parlamento. Un sistema que el razonamiento judicial solo posee a la norma como el deber ser de la Teoría Pura del Derecho, no pudiendo el Magistrado determinar la validez o no de las normas a aplicar ya que es función concentrada de los Tribunales Constitucionales, quienes han suplantado la idea de Montesqui de equilibrio de los Poderes del Estado al otorgar la interpretación de la Constitución y las leyes al Poder Judicial.

Como se puede apreciar, el sistema de Werner GOLDSCHMIDT y el Maestro CUIRO CALDANI, no es aplicable al Sur de América, mientras la estructura orgánica Constitucional Judicial no cambie.

BIBLIOGRAFIA

CIURO CALDANI, Miguel Angel “Metodología Jurídica. Metodología Jurídica”, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000

CUIRI CALDANI, Miguel Ángel, Metodología Dikeleológica, 2da Edición, Fundación para la investigación jurídica, Rosario 2007

CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Los derechos humanos en el trialismo”, en “El Derecho”,

GOLDSCHMIDT, Werner; *Introducción filosófica al Derecho*, 4ª ed., Bs. As., Depalma, 1973.

KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho y teoría egológica”, trad. Eduardo García Máynez, en “La Ley”.

KELSEN, Hans . LA TEORÍA TRIALISTA FRENTE A LA TEORÍA PURA. REFLEXIONES COMPARATIVAS SOBRE TRES CUESTIONES JURÍDICAS RELEVANTES .Mariano H. NOVELLI.

KELSEN, Hans, Teoría Pura del Derecho, 2010, Libos Hidalgo, Colombia.

KELSEN, Hans Teoría pura del Derecho, traducción de Roberto J. Vernengo, México, UNAM,1986. Traducción de la segunda edición en alemán de 1960. Capítulo III , Pág.1.