# DIGRESIONES EN TORNO AL TRIALISMO JURÍDICO Y AL PARADIGMA NEOCONSTITUCIONAL[1]

# DIGRESSIONS AROUND THE LEGAL TRIALISM AND THE NEOCONSTITUTIONAL PARADIGM

John James Fernández López[2]

Recepción: Julio 10 de 2012 - Aceptación: Septiembre 7 de 2012

**Resumen**

Reconocer la dinámica social que impregna necesariamente las distintas visiones del derecho y consignar los elementos relevantes que los distinguen o que los hacen todavía más confusos, por la variedad de tópicos y por las diversas posturas de la doctrina, constituyen la motivación del presente escrito. Encontrar al final, no obstante la mezcla de ideologías, teorías y métodos, la evidencia de inocultables transformaciones del derecho contemporáneo, algunas de esas modificaciones apenas aproximadas por el análisis y la investigación, permite concluir que existe un fructífero campo de reflexión y de debate que invita a juristas, operadores jurídicos y a la academia en general a profundizar en su estudio.

**Palabras clave**

Neoconstitucionalismo, Trialismo jurídico, Principialismo jurídico, Derechos Fundamentales.

**Abstract**

Recognizing that the social dynamic which necessarily permeates the different visions of the Law and to appoint the relevant elements distinguishing or making them even more confusing due to the variety of topics and different postures of the doctrine, constitute the main motivation of the present paper. To find in the end no nevertheless the mixture of ideologies, theories or methods, evidence an unconcealed transformations of contemporary Law; some of this modifications just approximated by the analysis and the research, allows us to conclude that a fruitful field of reflection and debate invites jurists, legal operators and academy in general to deepen its study.

**Key Words**

Neo Constitutionalism, Legal Trialism, Legal principlism, Fundamental Rights.

---

1. Artículo resultado de la investigación Digresiones en torno al trialismo jurídico y al paradigma neoconstitucional, desarrollada al interior del Grupo de Investigación Derecho Público, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.
2. Docente Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad La Gran Colombia Armenia.

## Introducción

En la literatura jurídica actual parece insuficiente la comprensión y aplicación del derecho a partir de miradas unidimensionales o bidimensionales como correspondía a la tradicional disputa entre positivismo y jusnaturalismo, o, inclusive, desde una dimensión trialista que reconoce la presencia de las corrientes sociológicas y realistas del derecho. El denominado nuevo derecho apoyado en visiones antiformalistas, propone volcar la atención a un mundo jurídico contenidista, donde la labor creativa del Juez se traduce en una exigencia permanente que convoca los criterios valorativo, normológico y sociológico en una dinámica interactuante que le confiere sentido al derecho.

Por si fuera poco, la tradición jurídica de Occidente incorpora nuevos elementos a la discusión que surgen a partir de la consideración de la constitucionalización del derecho con el reconocimiento de principios de rango superior y, más recientemente, del denominado Neoconstitucionalismo que renueva la discusión entre moral y derecho confinada otrora a las dos primeras doctrinas, jusnaturalismo y positivismo, respectivamente.

Una aproximación a algunos de los rasgos aupados por las diferentes teorías y las nuevas corrientes del pensamiento jurídico, así como la caracterización del planteamiento trialista constituyen el objetivo de este escrito, el cual pretende, adicionalmente, motivar futuras indagaciones que profundicen en la complejidad de campos teóricos intensamente debatidos por la filosofía y teoría jurídica de nuestro tiempo.

## Resultados

### Positivismo y Naturalismo

No pocos autores se han referido a la renovada controversia entre iusnaturalismo y positivismo, el primero en su avance y el segundo en su retirada (Bobbio, Prieto Sanchíz), ante todo como dos corrientes antípodas por sus prédicas e invocaciones a la conciencia moral, de un lado y, de otro, a la defensa del derecho como ciencia. Es un debate que crece en intensidad en el siglo XX, principalmente en Europa, presidido por las dos conflagraciones mundiales y por los regímenes autoritarios que horrorizaron al mundo entero, lo cual propicia la reivindicación del naturalismo frente a la distorsión del respeto a la ley pregonada por el positivismo, puesta a la sazón al servicio de las dictaduras con la mascarada de una “nueva legalidad”. Ciertamente las relaciones entre jusnaturalismo y positivismo no sólo han sido complejas, sino que también son evanescentes sus fronteras conceptuales, lo cual ha precipitado afirmaciones tan contundentes como la de que “La mayor parte de los juristas del último siglo, por lo menos en Europa, han sido positivistas sin saberlo” (Bobbio, 2001:91)[1].

Señalar como complicadas las relaciones entre las dos corrientes no significa necesariamente que sean antagónicas o antitéticas, pues el mismo Bobbio invita

a descubrir el derecho positivo desde diversos horizontes como el ideológico, el teórico y el metodológico, así como ha ocurrido con el jusnaturalismo, lo cual permite encontrar criterios que desvanecen las diferencias al punto que se dificulta la adscripción de un determinado autor en una u otra doctrina, lo que conduce como en el de su propio caso, el de Bobbio, al resultado siguiente: "…ante el enfrentamiento de las ideologías, donde no es posible ninguna tergiversación, soy jusnaturalista; con respecto al método soy, con igual convicción, positivista; en lo que se refiere, finalmente, a la teoría del derecho, no soy ni lo uno ni lo otro" (Bobbio: 89)[2].

El iusnaturalismo hunde sus raíces en Grecia, con la cuarta y última de sus grandes escuelas como fue la de los estoicos con Zenón de Ción como su filósofo más prominente y fundador. De allí, Panecio lo introdujo en Roma donde ejerció una notable influencia en la jurisprudencia. Salvando las transformaciones que se van surtiendo en las distintas etapas a partir de su origen, puede convenirse respecto al primigenio Derecho natural como rasgos generales la idea de concordia, la cual presidía las actuaciones de un rey cuya impronta divina provenía de su aptitud para conducir su pueblo de idéntico modo como Dios lleva la armonía al mundo; así mismo, como sucedió con otras escuelas, en un plano teleológico se promovía la autarquía y el bienestar de los individuos y como virtudes la resolución, la fortaleza, la devoción del deber y la indiferencia por el placer. Pero fue con Crisipo, la segunda figura de la escuela, con quien se enfatizó en la enseñanza religiosa, en la ley de Dios, en la recta razón, en lo que es justo y lo que es injusto, en el Estado universal compartido por dioses y ciudadanos (Sabine, 2006:129-136)[3].

En estos términos, se insiste en que la línea del Derecho natural proyectada desde los Estoicos y Aristóteles, en general por la Patrística con San Agustín y Santo Tomás, se identifica con el denominado iusnaturalismo aristotélico-tomista referido a un derecho universal presidido por un orden divino, para distinguirlo del llamado iusnaturalismo racionalista, de origen lockiano, donde se privilegian el derecho a la propiedad y los derechos de corte individualista y natural. Posteriormente, es el Derecho natural, desprovisto de la influencia religiosa, la fuente que sustenta las revoluciones burguesas de los siglos XVII y XVIII, inspiradas en la ideología individualista liberal. Luego de su decaimiento en la primera mitad del siglo XX, después de un exacerbado positivismo, resurge con los derechos humanos, con la prevalencia de principios y valores que solventan el constitucionalismo democrático social, lo cual se traduce en la aparición de los Estados Constitucionales con su poderosa carga axiológica haciendo carrera la denominada Constitucionalización del Derecho.

Por su parte, en el derecho positivo prevalece la validez formal del derecho, por ello su expresión iusfilosófica es la ontología jurídica, es decir, la existencia del derecho, postulación en la que se destaca de lejos la figura de Kelsen. De acuerdo con Plazas Vega y, a propósito del positivismo, irónicamente "sus antecedentes se encuentran en el iusnaturalismo racionalista y el tránsito de la ley natural a los derechos naturales y al contrato legítimante del poder. El origen del positivismo,

en efecto, se encuentra en una paulatina evolución de la ley intrínsecamente racional, a la ley proveniente de la voluntad de la autoridad habilitada para proferirla según el ordenamiento" (1998:38)[4]. La validez del derecho, en consecuencia, está determinada por su producción por el poder o autoridad legítima, lo cual significa confianza y supremacía de la ley y desconfianza en el juez. Es la expresión del voluntarismo del ilusionismo francés del siglo XVIII (la voluntad general y su carácter infalible). En consecuencia, el positivismo aborda el conocimiento del derecho desde la mirada empirista y antimetafísica, descartando lo apriorístico y haciendo énfasis en la experiencia, en últimas, el positivismo recaba en el derecho "que es" y no en el que "debe ser".

**Del Realismo Jurídico**

Pero a esta tradicional controversia filosófica entre Derecho positivo y Derecho natural, con los matices y posiciones que en su interior rezuman a través del tiempo, es preciso considerar la inusitada fuerza de las llamadas doctrinas realistas, también con sus giros interiores, lo cual conduce a planteamientos reveladores de una tercera corriente en discordia, poniendo en escena una verdadera tríada jurídica que, como criterios de valoración de la norma de conducta, puntualmente de la norma jurídica, se agitan hoy como doctrinas dominantes en distintos espacios académicos.

En el realismo, el Derecho se confunde con los hechos, es una concepción "desde fuera", el juez se separa de normas vigentes si es preciso para aplicar derecho, tal como se pregona por el realismo norteamericano. El Derecho se concibe, entonces, desde la Sociología, la Economía y la Historia, existe interés más por la eficacia del derecho que por la justicia o validez. Quienes se inscriben en dicha postura relievan el contenido en desmedro de lo formal. El derecho no es un deber ser, sino como efectivamente es dictado por los jueces, por eso el operador jurídico es el protagonista, al punto que el juez no sólo interpreta la ley, sino los hechos.

Pero el realismo tiene algunas variantes que Plazas Vega (1998)[5] caracteriza de la siguiente forma: El realismo clásico o metafísico, también llamado aristotélico-tomista, defendido entre otros por Hervada, Villey y Lachance, confuta los realismos norteamericano y escandinavo. Este tipo de realismo sostiene que el derecho no es sólo el ordenamiento positivo sino que está condicionado a los preceptos de la ley natural, por lo tanto, el derecho es lo justo, no se confunde con las reglas, sino que les sirve de fundamento: el derecho es el objeto de la justicia, es decir, ontológicamente es imposible que la justicia sea el fin del derecho pues la justicia es la causa mientras el efecto es el derecho o, concluyentemente, la justicia es el antecedente la consecuencia es el derecho. Por su parte, el realismo escandinavo, defendido entre otros por Alf Ross, busca vincular el derecho con los hechos, desconociendo el dualismo del derecho, tanto iusnaturalista como positivista, es decir, el derecho no se concibe sin dimensión fáctica. Finalmente, el realismo Norteamericano, defendido por Roscoe y Pound, sostiene que el derecho hace parte de la sociedad y en ella encuentra su sentido, lo cual implica estudiar el derecho desde fuera y no sólo desde dentro.

Una mirada reduccionista a los problemas surgidos del naturalismo, positivismo y realismo, esa importante y novedosa tríada jurídica, nos conduciría de la mano de Bobbio a identificar el iusnaturalismo con el criterio que reduce la validez de la Norma a la justicia, al positivismo con la reducción de la justicia, a la validez y al realismo jurídico, con la reducción de la validez a la eficacia. La justicia como problema deontológico del Derecho (lo que debe ser: <justicia> y lo que no debería ser: <la injusticia>); la validez como problema ontológico del Derecho (si la regla tal como es, es una regla jurídica) y la eficacia como el problema fenomenológico del Derecho (si la norma es o no cumplida por sus destinarios) son, en consecuencia, desafíos no sólo de la filosofía jurídica, sino de la lógica y de la teoría del Derecho. De esta manera, mientras el problema de la Justicia es un juicio de valor, el de la validez es un juicio de existencia o de hecho, el de la eficacia está vinculado con lo histórico-social (Bobbio, 2002)[6].

**Constitucionalización y Neoconstitucionalismo**

Inobjetablemente los desafíos a la concepción tradicional del derecho no provienen exclusivamente de las visiones unidimensionales o bidimensionales, ni de la propuesta del trialismo jurídico, sino que también se evidencian en los llamados procesos de constitucionalización del derecho y del Neoconstitucionalismo. El proceso de constitucionalización del Derecho llevado a cabo por los Estados modernos, nos conduce a reformulaciones en cada una de las teorías de la tríada, puntualmente en el positivismo que no sale bien librado de dicho advenimiento, según un sector de la doctrina, y que asume otras posturas consecuentes con dichas realidades, como la del llamado post-positivismo, lo cual no lo desconecta de dicha realidad. La nueva teoría del Derecho que interpreta el Constitucionalismo, incorpora conceptos como los de participante, punto de vista interno, corrección moral, valores, principios, obediencia, aceptación, validez y justicia, los cuales terminan estableciendo o consintiendo la relación entre moral y Derecho, terrenos confinados respectivamente al Derecho natural y al Derecho positivo en sus versiones extremas. Así nos lo enseña el tratadista Prieto Sanchíz:

> De este modo el constitucionalismo aparece como el mejor banco de pruebas de la nueva teoría del Derecho y ésta, a su vez, como una óptima justificación del modo de actuar de aquel. El constitucionalismo, en efecto, acostumbrado a trabajar con valores y principios, que son jurídicos pero también morales, así como a escrutar la validez/justicia de las normas o decisiones a la luz de los mismos, permite confirmar (al menos en los países donde existe Constitución pluralista, pero esto a veces se olvida) lo acertado de una ciencia del Derecho desde el punto de vista interno. Por su parte, la teoría del Derecho del participante justifica y estimula al constitucionalista en la búsqueda de las mejores respuestas morales a los problemas jurídicos, otorgando carta de naturaleza a lo que, por lo demás, ya era sabido: la función justificadora y no meramente descriptiva de la dogmática. No debe extrañar, por ello, que Dworkin propugne una teoría del Derecho abiertamente comprometida con la cultura jurídica del momento, es decir, con el constitucionalismo, más concretamente que propugne la <fusión del D. constitucional y la teoría de la ética>. (2005:57)[7].

El acercamiento del Derecho y la moral por virtud del proceso de constitucionalización, también pone en escena como protagonista al operador jurídico, al Juez, tradicionalmente opacado cuando no estigmatizado como cuando Voltaire afirmaba: "que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros" o cuando señalaba "Interpretar una ley es corromperla" o, también cuando Montesquieu se expresaba: "los jueces […] son […] el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes", expresiones hoy superadas por el impulso de teorías como las del realismo jurídico.( Plazas, 1998:39-40)[8]

Es por ello, se reitera, que aunque este último momento al que estamos asistiendo conlleva problemas inéditos venidos de Europa que suponen desafíos mayores más al iuspositivismo que al iusnaturalismo y al realismo, como son, entre otros, la presencia de los referidos derechos humanos fundamentales, el principialismo jurídico, la creación judicial, la constitucionalización del Derecho, la globalización jurídica, la imprescriptibilidad de ciertos delitos y la objeción de conciencia (Vigo, 2003)[9], siguen siendo insuficientes como concepciones unidimensionales, bidimensionales o trialistas del Derecho, para dar cuenta de la complejidad jurídica contemporánea. Una prueba de la afirmación precedente, la constituye la creciente irradiación teórica procurada desde el Neoconstitucionalismo que involucra nuevas prácticas jurisprudenciales, el análisis e implicaciones de los textos Constitucionales y desarrollos teóricos reforzando la idea consistente en que no se trata de una "[…] etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera" (Carbonell, 1997)[10], sino de verdaderos postulados y problemas que debe resolver el Estado Constitucional.

Siguiendo el hilo conductor, el Neoconstitucionalismo protocoliza sus enunciados a partir de la Constitucionalización del derecho o, como lo señala uno de sus principales contradictores, Paolo Comanducci (irónicamente autoproclamado como el primero en usar el término a finales de la década del 90, junto con Susanna Pozzolo y Mauro Barberis, miembros de la escuela genovesa de teoría del derecho), dicha ideología surge "[…] justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho y que pretende superar y, en un sentido, suplantar sea al positivismo jurídico, sea al jusnaturalismo" (Comanducci, 2010).[11] Comanducci hace una crítica al Neoconstitucionalismo, así como diferencia constitucionalismo y Neoconstitucionalismo, a partir del uso de la conocida tríada Bobbiana para examinar el derecho positivo, es decir, desde lo metodológico, teórico e ideológico.

El constitucionalismo como ideología, de acuerdo a Comanducci, promueve una limitación al poder, una defensa de las libertades soportada, generalmente, en el derecho natural y una conexión entre derecho y moral, tornándose, en este sentido, contradictoria del positivismo ideológico, pero no es una posición que pretenda desplazar al positivismo jurídico como teoría prevalente en el siglo XIX y en la primera mitad del siglo XX. Por su lado, el Neoconsitucionalismo sí representa o supone un método, una ideología y una teoría concurrente con la

positivista. Pero lo notable de la teoría Neoconstitucionalista es su mejor disposición para la comprensión de la estructura y funcionamiento de los sistemas jurídicos de nuestro tiempo, lo cual no lo distancia del positivismo jurídico, pues así lo reconoce Comanducci cuando postula "…creo que se puede mirar favorablemente a la teoría del derecho neoconstitucionalista, que me parece da cuenta, mejor que la tradicional juspositivista, de la estructura y del funcionamiento de los sistemas jurídicos contemporáneos. Por otro lado, el neoconstituionalismo teórico, sí acepta la tesis de la conexión sólo contingente entre derecho y moral, no es de hecho incompatible con el positivismo metodológico; al contrario: podríamos decir que es su hijo legítimo. Dado que han (parcialmente) cambiado los modelos de Estado y de derecho respecto de los típicos del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX, la teoría del derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días" (Ibídem. pp.181)[12]. Nada apacible se presenta, entonces, la corriente del Neoconsticuionalismo, pues mientras para algunos es la expresión del proceso de Constitucionalización que anuncia los estertores del positivismo jurídico, para otros no es más que la contemporánea forma de comprender el positivismo jurídico como acaba de verse o, mejor aún, es la vigencia del denominado post-positivismo.

Pero lejos de desestimar las implicaciones del Neoconstitucionalismo, su impronta aún joven –para otros no tanto- aviva la polémica que arropa todo el derecho en aspectos como el denominado principialismo de los derechos fundamentales y su aplicación judicial mediante la ponderación, tesis consignadas por uno de sus principales defensores, como es el caso de Prieto Sanchíz, enunciados que, sin embargo, no contribuyen a clarificar las fronteras conceptuales de la teoría como lo sostiene Bernal Pulido "[…] este concepto (Neoconstitucionalismo) se ha usado a veces como un cajón de sastre para referirse, de un lado, a algo ya conocido: el constitucionalismo europeo contemporáneo o constitucionalismo de la segunda posguerra, y del otro, para enmarcar las ideas de autores de variadas tendencias que incluso defienden posiciones incompatibles entre sí" (Bernal, 2009:92)[13].

**Conclusiones**

Con toda la intensidad del debate acerca de la comprensión del derecho, de lo que el derecho es y lo que debe ser, de la conexidad del derecho y la moral a la luz del proceso de constitucionalización, del rol protagónico de la judicatura, de la fuerza vinculante de la jurisprudencia en su cuestionamiento al formalismo jurídico, de la prevalencia del positivismo, del naturalismo o del realismo o, porque no, de la interactuación de una teoría trialista del derecho o, finalmente, de la dominante expresión Neoconstitucionalista que defiende el papel progresista del Tribunal Constitucional en asuntos medulares como el diseño, planificación y ejecución de políticas públicas consecuentes con el reconocimiento de derechos sociales, importa resaltar lo prolífico de la polémica que toca aspectos centrales de filosofía y teoría jurídica, dispensando un abundante campo para la indagación y el debate del nuevo derecho que discurre no sólo en el continente europeo, particularmente

en España, Italia, Alemania y Francia, sino también enriquecedor en Latinoamérica a instancia de países como Argentina, México, Brasil y Colombia, en el entendido que más allá de los perfiles confusos que representa todavía el Neoconstitucionalismo para la filosofía jurídica, su presencia como nuevo paradigma axiológico impone la necesidad de reformular la agotada dicotomía positivismo-jusnaturalismo e, inclusive, la formulación trialista del derecho que incorpora las corrientes realistas al debate.

**Referencias bibliográficas**


(1) Bobbio, N. (2001). *El problema del positivismo jurídico*. 7 ed.(pp.91). México: fontamara.

(2) Ídem.

(3) Sabine, G. (2006). *Historia de la teoría política*. (pp.129-136). México: Fondo de Cultura Económica.

(4) Plazas, M. (1998). *Del realismo al trialismo jurídico*. (pp.38). Bogotá: Temis S.A.

(5) Plazas, M. (1998). *Del realismo al trialismo jurídico*. (pp.68-74). Bogotá: Temis S.A.

(6) Bobbio, N. (2002). *Teoría General del Derecho*. 2 ed. (pp. 20-23) Bogotá: Temis.

(7) Prieto, (2005). *Constitucionalismo y Positivismo*. (pp.57). México: Fontamara.

(8) Plazas, M. (1998). *Del realismo al trialismo jurídico*. (pp.39-40). Bogotá: Temis S.A.

(9) Vigo, R. L. (2003). *El iusnaturalismo actual de Michel Villey y John Finnis.* (pp.152). México: Editorial Distribuciones Fontamara, S.A.

(10) Carbonell, M. (1997). *Teoría del Neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. (pp.9-12). Editorial trotta, S.A.

(11) Comanducci, P. (2010). "Constitucionalización y neoconstitucionalismo". En *El canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

(12) Idem.

(13) Bernal, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. (pp.92). Universidad Externado de Colombia.