

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira

Emiliano Gil Blanco

Universidad de Los Hemisferios

Quito, Ecuador

Octubre de 2015

Índice General

Nociones Preliminares	7
PRIMERA PARTE: INVESTIGACIÓN Y DERECHO	9
Introducción	9
Unidad 1: El proceso de investigación científica	14
1.1. La investigación jurídica y su objeto de estudio	14
1.2. Concepto de investigación jurídica	15
1.3. El proceso de investigación científica	16
1.4. El plan de investigación	20
1.5. Desarrollo de la Investigación	21
1.6. El resultado final de investigación	23
1. Introducción	24
2. Marco teórico de referencia	24
3. Metodología	25
4. Interpretación y discusión de resultados	25
5. Referencias bibliográficas	25
Unidad 2: Métodos de Investigación	27
2.1. Los métodos y las técnicas aplicables en el estudio del derecho	27
2.2. Los principales métodos generales aplicables a la investigación jurídica	29
2.3. Tipos y niveles de investigación jurídica	32
Unidad 3: Los métodos jurídicos	37
3.1. Métodos de interpretación de la ley	37
3.2. Métodos de integración del derecho	47
3.3. Métodos de creación legislativa del derecho	53
Unidad 4: Técnicas utilizadas en la investigación	55
4.1. La observación	55
4.2. La entrevista	58
4.3. La encuesta	59
4.4. El test	60
4.5. La lectura científica	61
4.6. El fichaje	62
4.7. Elaboración de citas y notas	63
Bibliografía de la Primera Parte	71
SEGUNDA PARTE: CIENCIA Y DERECHO	75
Unidad 5: El Derecho como objeto de investigación	75
5.1. Las fuentes de conocimiento en el Derecho	75

Introducción	75
El concepto de Ciencia.....	78
La Ciencia del Derecho: dificultades y posibilidades	79
5.2. La Ley	83
Nociones generales en torno al concepto de Ley	83
Vigencia de la Ley.....	84
Estudio científico de la Ley.....	85
Racionalidad, positivación y formalización de la Ley	86
5.3. La Costumbre	90
Su razón de ser como fuente del Derecho	90
Conflicto de costumbres.....	91
La Costumbre y la interpretación de la Ley	92
5.4. La doctrina jurídica	93
<i>Auctoritas vel ratio</i>	93
La doctrina clásica en la formulación de la noción de Justicia	93
5.5. Los Principios generales del Derecho	96
Origen.....	96
La función práctica de lo teórico.....	97
5.6. La Jurisprudencia	99
Su importancia en la formación del Derecho	99
Investigación jurídica y Jurisprudencia: casos concretos	100
Unidad 6: Herramientas de investigación jurídica	101
6.1. Introducción conceptual	101
6.2. La curiosidad.....	103
6.3. La abstracción	105
6.4. La comprobación.....	113
6.5. La tesis o producto científico	116
Unidad 7: Técnicas para elaborar una tesis de Derecho.....	118
7.1. El objeto o tema de tesis.....	118
7.2. Planteamiento del problema	119
7.3. Hipótesis jurídica	119
7.4 Metodología	120
7.4. Determinación del tema	122
7.5. Registro y recolección de información.....	122
Unidad 8: Esquema general de una investigación jurídica.....	124
8.1. El tema	124
8.2. El problema	125
8.3. La justificación.....	125

8.4. Los objetivos	125
8.5. La hipótesis	125
8.6. El sumario o esquema de contenidos	126
8.7. La metodología.....	126
8.8. El plan de trabajo	127
8.9. El presupuesto	127
8.10. La bibliografía.....	127
Bibliografía de la Segunda Parte.....	129

Nociones Preliminares

El presente trabajo es el resultado del esfuerzo por brindar, al entorno universitario contemporáneo, una nueva invitación a la investigación académica en ámbitos jurídicos. Si bien se trata de una temática que no resulta novedosa al lector, al mismo tiempo hemos pensado, sin embargo, que existen dos campos en los que se puede, todavía, decir muchas cosas.

El primero de ellos consiste en la elaboración de una propuesta, didáctica y académica a la vez, en torno a unas normas metodológicas que resulten sencillas para aquel estudiante que se enfrenta a la posibilidad –o quizá necesidad– de emprender una investigación jurídica. Precisamente en esto consiste la primera parte de esta obra, elaborada por el Profesor Emiliano Gil Blanco: dar a la investigación jurídica unas herramientas útiles, claras y de inmediata aplicación, sin dejar de lado el rigor académico ni perderse en elucubraciones teóricas, que dificultarían la conclusión de un trabajo investigativo en ámbitos jurídicos. En definitiva, las puertas quedan abiertas para que el lector se sienta atraído, desde el principio, hacia la investigación seria en torno al Derecho.

Por su parte, la segunda aspiración de esta obra es la de involucrar al investigador –una vez asimilada la primera etapa de su vida académica– con el concepto de Ciencia: que sepa enfrentarse al mundo del conocimiento, con una plena seguridad en sí mismo y sin el más mínimo complejo de inferioridad; se trata de estar en capacidad de descubrir la sabia armonía que posee el Derecho con el conjunto de las ramas del saber, evitando una decepción prematura al encontrarse inmerso en un entorno académico que tiende a minusvalorar los resultados científicos en torno a las Humanidades. En esta segunda parte, el Profesor Jaime Baquero presenta una revisión de las fuentes clásicas del Derecho, equilibrándolas con los conocimientos actuales, en vistas a un diálogo sapiencial con el resto de saberes científicos. Se trata, pues, de invitar al estudiante a seguir por la senda de la Ciencia del Derecho, sin limitarse a los mínimos conocimientos requeridos para su trabajo de investigación.

La compatibilidad de ambas lecturas académicas –investigación y Ciencia– pretenden transformar al conjunto de la investigación jurídica en una parte importante dentro de la concepción actual de los estudios del Derecho. El progreso científico nace de la investigación, y es precisamente la investigación jurídica la que debe recuperar aquel prestigio que, en su momento, supieron otorgarle singulares pensadores de todos los tiempos, de quienes somos permanentes deudores, aunque apenas tengamos conciencia de ello.

Los autores.

PRIMERA PARTE: INVESTIGACIÓN Y DERECHO

Emiliano Gil Blanco

Introducción

Todo proceso de formación de profesionales a nivel universitario implica, tanto para el docente que la imparte como para el estudiante que debe asimilar el proceso enseñanza-aprendizaje, una investigación permanente y continua del objeto de conocimiento propio de su disciplina.

Desde esta perspectiva, la mayoría de las instituciones de educación superior universitaria del Ecuador han ubicado una asignatura que tiene diversas denominaciones (Técnicas de estudio e investigación, Métodos y técnicas de investigación, Técnicas de documentación e información, Metodología de la investigación, etc.) en sus mallas curriculares.

Los objetivos centrales de estas asignaturas se condensan en aproximar a los estudiantes al proceso de investigación, dotándolos de un conjunto de técnicas y métodos que posteriormente puedan aplicarlos a sus trabajos de clase y a la elaboración del trabajo final de grado o memoria.

Actualmente, fruto de los cambios que se están dando en el país y en el mundo, existe una revalorización y un nuevo enfoque que deben tener los estudios e investigaciones jurídicas. En este marco, resulta indispensable el conocimiento de los métodos y técnicas de investigación jurídica, para estar a tono con la nueva concepción que se maneja en el ámbito teórico en los estudios del Derecho, y que hace especial énfasis en formar a un abogado con rigor científico; es decir, que enfrente la realidad jurídica con una posición que vaya más allá de lo que la dogmática jurídica le plantea. Por lo tanto, el jurista debe cumplir con un rol activo y creador en los procesos de búsqueda, adquisición y aplicación de los conocimientos.

Además, las universidades y otros organismos ecuatorianos han creado Centros o Institutos de Investigación Jurídica que contribuyen a fomentar el proceso creador de docentes e investigadores con dedicación exclusiva, culminando en una prolífica diversidad de textos y revistas de Derecho, que han enriquecido las fuentes de conocimiento jurídicas.

En América Latina existe un número abundante de obras que han tratado el tema de la Metodología de la Investigación. Países como Chile, México o Colombia pueden considerarse pioneros en esta materia. Destacamos aquí a autores como Bascañán Valdés, Fix-Zamudio, Witker, Hernández, Lara Sáez, Pérez Perdomo, Estévez, Saer, Jáñez, Giraldo Ángel, Fierro Méndez o Pérez Escobar, entre otros.

Para nosotros, la investigación jurídica es el conjunto de procedimientos de

carácter reflexivo, sistemático, controlado, crítico y creativo cuyo objetivo es la búsqueda, la indagación y el estudio de la norma, los valores y los hechos, considerando la dinámica de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se desarrollan en la sociedad.

La metodología de la investigación jurídica, por tanto, es el estudio y aplicación del conjunto de métodos, técnicas y recursos en el proceso de la investigación.

Tanto los métodos como las técnicas de la investigación jurídica dependerán del objeto de estudio que el investigador ha seleccionado y de la relación dinámica y dialéctica que debe existir entre la teoría y la práctica.

Es necesario practicar un pluralismo metódico y metodológico que permita acercarnos lo menos subjetivamente posible al tema que es objeto del conocimiento jurídico¹. Por lo tanto, la diversidad de métodos muestra una amplia gama de posibilidades que enriquecen más las fuentes del conocimiento del derecho.

Con este trabajo intentamos mostrar una visión general en materia de métodos y técnicas de investigación jurídica. Por lo tanto, resulta necesario conocer lo que se ha hecho y lo que se sigue produciendo en este campo, para mejorar cualitativa y cuantitativamente el proceso de formación del abogado. Por otra parte, es indispensable generar un nuevo enfoque metodológico en las investigaciones jurídicas, y desde esta perspectiva el trabajo intentaremos establecer los modelos que actualmente se proponen para su posible aplicación.

Como hipótesis se plantea lo que a continuación será explicado. La controversia en la metodología de la investigación jurídica existe, reflejándose en dos posiciones: investigación documental o dogmática e investigación empírica o de campo. La literatura metodológica contiene una discusión que se refiere a la naturaleza del derecho, los métodos, las técnicas y los modelos o paradigmas. La nueva visión del Derecho exige utilizar un conjunto más amplio de métodos y técnicas de investigación, y para ello se presentará el nuevo enfoque o perspectiva que debe tener la investigación jurídica.

La investigación seguirá el diseño documental. Por lo tanto, se intentará utilizar métodos y técnicas propias de la investigación documental, en el marco de un enfoque descriptivo y explicativo de las ideas establecidas por los diferentes autores estudiados.

La complejidad del estudio de un objeto como las Ciencias Sociales, entre las que se incluye las jurídicas, resulta dinámica y multidimensional; ante lo cual nuestra capacidad de aprehenderla se encuentra limitada. Por lo tanto, y asumiendo como objeto de las Ciencias Sociales a la realidad social, ésta puede ser abordada en dos sentidos:

- a. Como “hecho” y su especificidad social. La especificidad de la realidad social se da por el modo en que los seres se relacionan entre sí en un contexto histórico determinado, estableciéndose la relación social como hecho humano, social e histórico.
- b. Como espacio en el cual el sujeto cognoscente construye su proceso de apropiación de lo real. La realidad social y el sujeto cognoscente: aquí nos encontramos

¹ Vid. *Infra*, 7.4 y 8.7.

en frente a la forma que tiene el sujeto de captar la realidad, para aplicar, más adelante, una estrategia metodológica adecuada y sometida a perfeccionamiento a través del contraste con otras investigaciones de la misma índole, hasta alcanzar una depuración del saber que el objeto de estudio². Es un proceso científico que permite el progreso del conocimiento a lo largo del tiempo.

Por lo tanto, se trata de romper con el criterio estático del objeto del conocimiento en las Ciencias Sociales, que lo considera como el hecho dado, inmodificable, “irreconstruible”; para pasar a un criterio dinámico basado en la articulación entre lo objetivo y lo subjetivo, entre el objeto y el sujeto.

Parte del objeto de la investigación jurídica son para nosotros la norma, los hechos y los valores. No podemos quedarnos con el estudio de una norma estática; debemos relacionarla con el tiempo y el espacio, con los valores que ella misma se impregna y con la realidad social de la que forma parte.

Actualmente, los cambios políticos, sociales, económicos y culturales determinan la generación de nuevas normas jurídicas; por lo que hecho, valor y norma pasan a convertirse en una unidad concreta, que es dinámica y dialéctica.

En relación con el tema de estudio, puede encontrarse la bibliografía que se presenta a continuación:

a. En un ámbito de espectro más general, existe una extensa literatura en el campo de la metodología de la investigación de las Ciencias Sociales, y entre los autores significativos podemos destacar a Maurice Duverger, Umberto Eco, Fred Kerlinger, William Goode y Paul Hatt, Wright Mills, Selltitz, Scheaffer y otros, en Europa y Estados Unidos. En Hispanoamérica, los aportes más valiosos se encuentran en los trabajos de Armando Asti Vera, Carlos Sabino, Ezequiel Ander-Egg, Mario Tamayo, Carlos Méndez, Ario Garza Mercado, Ilis Alfonzo, Guillermo Briones, Ernesto de la Torre, Roberto Hernández Sampieri, Felipe Pardinás, Jorge Padua, Raúl Rojas Soriano, Gabriel Gutiérrez Pantoja, Restituto Sierra Bravo y otros. La gran mayoría de estos autores describen, analizan y sugieren métodos y técnicas aplicadas a la investigación en las Ciencias Sociales, además de plantear sus posiciones epistemológicas.

b. En el ámbito específico de la metodología de la investigación jurídica, es poco lo que se ha escrito; sin embargo, destacamos el texto de Aníbal Bascuñán Valdés: *Manual de técnicas de la investigación jurídica* (1960), en el que el autor nos da una visión de las fuentes del conocimiento jurídico y el desarrollo de una investigación jurídica documental. En esta misma línea están los trabajos de José Lois Estévez: *La investigación científica y su propedéutica en el Derecho* (1970); del investigador venezolano Tarcisio Jáñez: *El trabajo de investigación en Derecho* (1996); de Jaime Giraldo Ángel: *Metodología y técnica de la investigación jurídica* (1984) y de Gabriel Álvarez Undurraga: *Manual de redacción e investigación documental* (1994). Por otra parte, están los trabajos de Rogelio Pérez Perdomo: *Las transformaciones contemporáneas de la investigación jurídica en Venezuela* (1984) y de Jorge Witker: *La investigación Jurídica* (1995). Aquí observamos cómo se materializa la controversia: método puramente documental versus pluralidad metódica, al igual que el texto: *Procesos de investigación jurídica* (1994), de Leoncio Lara Sáenz.

² Vid. *Infra*, 6.4.

Actualmente, se está iniciando una preocupación sobre la investigación jurídica, y esto se manifiesta en una mayor producción de textos y de cursos, que pasan a convertirse en obligatorios dentro del plan de estudios de la carrera de abogado en las distintas Facultades de Derecho de América Latina y de España. Además, se está impulsando fuertemente en varios países la investigación de campo, teniendo como objeto de estudio a la realidad social en la que se plasma la norma jurídica.

Por todo lo expuesto, podemos decir que hay una amplia literatura en el plano de la metodología de la investigación jurídica que está emergiendo en América Latina, de la que no podemos estar ajenos. La literatura que surge sobre la temática, intenta expresar un cambio en la mentalidad de la investigación del Derecho, aunque no es condición necesaria y suficiente para que se produzca una transformación significativa en las mallas curriculares. Algunas instituciones de educación superior universitaria empiezan a asumir el cambio, materializándolo en transformaciones que permiten suponer un espacio más amplio e importante para la investigación. También desde la óptica individual, algunos profesores e investigadores lo están haciendo, al preparar trabajos, ponencias o textos sobre el problema. Por lo tanto, la controversia y discusión sobre el tema se ha enriquecido.

Consideramos importante la investigación jurídica porque puede traer cambios en las normas que se dan en nuestra sociedad, pero también por la necesidad de generar un nuevo aporte cualitativo y cuantitativo en las fuentes del conocimiento del Derecho, además en formar una nueva cultura jurídica que permita transformaciones estructurales en nuestra sociedad.

Finalmente, debemos señalar que, en todas las disciplinas del conocimiento, se hacen aportes a través de la investigación, y esto debe acontecer en las Ciencias Jurídicas; por lo tanto, de todos los actores que participan en ella depende, en gran medida, que se produzca un nuevo conocimiento jurídico que se incorpore a esta disciplina.

La primera parte de este libro intentará responder algunas preguntas como ¿Cuál es el contenido metodológico de una investigación sobre temas jurídicos? ¿Qué nos dice la metodología acerca de lo que es el Derecho y cómo estudiarlo? ¿Existe una controversia entre la investigación documental y el pluralismo metódico? ¿Qué planteamientos podemos utilizar acerca de la naturaleza del Derecho? y, finalmente, ¿Cuál es su modelo o paradigma metodológico que impulsa para investigar en el Derecho?

Los objetivos generales del trabajo son:

1. Mostrar la Metodología de la investigación jurídica usuales, y
2. Distinguir las metodologías propuestas y reconocer la más apropiada para cada tipo de investigación.

La obra lleva incluidos los siguientes puntos:

1. Introducción.
2. El proceso de investigación científica.
3. Métodos de investigación.
4. Los métodos jurídicos.

5. Técnicas utilizadas en la investigación.
6. El derecho como objetivo de investigación.
7. Herramientas de investigación jurídica.
8. Técnicas para elaborar una tesis de Derecho.
9. Esquema general de una investigación jurídica.

Unidad 1: El proceso de investigación científica

1.1. La investigación jurídica y su objeto de estudio

El Derecho como parte integrante de las Ciencias Sociales, que estudia los hechos, procesos y grupos en los que participa el hombre en la sociedad, tiene su particularidad como disciplina científica que lo obliga a una delimitación de su objeto de estudio. En este sentido, el objeto de estudio del derecho no son solamente las fuentes formales del derecho (la Constitución, la ley, los decretos, reglamentos, ordenanzas, instrucciones y resoluciones, la jurisprudencia, la costumbre, los actos jurídicos, los actos corporativos, y los principios generales del derecho), debido a que el derecho no es únicamente norma: también hay realidades sociales que operan y que definen la eficacia de esas normas sobre los diferentes actores sociales a los que van destinados.

Desde esta perspectiva, el saber jurídico podría esquematizarse en el *deber ser* (trascendental, que se manifiesta en la filosofía del derecho y el lógico-formal, que se expresa en la teoría o jurisprudencia pura), en el *proceso* (devenir ideal, estimativa jurídica o historia del pensamiento jurídico y el devenir fáctico: Historia del Derecho), y en el *ser* (fenómenos sociales estudiados por la Sociología, Antropología, Psicología y Praxis jurídica, y fenómeno normativo: Ciencias del Derecho Positivo); por lo tanto, el saber integral de estas distintas disciplinas determinarían al objeto de investigación del derecho¹.

Resulta conveniente señalar la concepción de la tridimensionalidad del Derecho, cuestión que influye en su estudio e investigación, ya que:

a. Dondequiera que haya un fenómeno jurídico hay siempre necesariamente un hecho subyacente (hecho económico, geográfico, demográfico, de carácter técnico, etc.); un valor que confiere determinada significación a ese hecho, inclinándolo o determinando la acción de los hombres en el sentido de alcanzar o preservar cierta finalidad u objetivo y, finalmente, una regla o norma que representa la relación o medida que integra uno de aquellos elementos en el otro: el hecho en el valor.

b. Tales elementos o factores, hecho, valor y norma, no existen separados unos de otros, sino que coexisten en una unidad concreta.

c. Más aún, esos elementos o factores no sólo se exigen recíprocamente, sino que actúan como elementos de un proceso, el Derecho es una realidad histórica-cultural, de tal modo que la vida del Derecho resulta de la interacción dinámica y dialéctica de los tres elementos que la integran².

De lo expuesto, podemos inferir que el objeto de investigación del Derecho integra a estos tres elementos: hecho, valor y norma. Por lo que “*Respecto a la norma o dogmática jurídica, se suele decir que bajo este prisma se investiga lo que los hombres dicen que hacen con el derecho. En cambio, del hecho o conducta social impetrada se dice que bajo esta óptica se investiga lo que los hombres hacen prácticamente con el derecho. Respecto a la variable axiológica o valorativa, se suele*

¹ BASCUÑÁN VALDÉS, Aníbal. Manual de técnicas de la investigación jurídica, Pág. 41.

² WITKER, Jorge. La investigación jurídica, p. 3. Al referirse a la posición que sustenta Miguel Reale en: Teoría Tridimensional del Derecho.

afirmar que sobre la norma y el hecho social regulado hay valores o intereses protegidos que entrecruzan el discurso normativo y su vivencia socio-histórica”³.

La actividad del conocimiento surge ligado a la práctica vital del hombre y al trabajo de los seres humanos, por lo que es un proceso que implica una conjugación de funciones, experiencias, capacidades, intenciones o intereses de los hombres.

El conocimiento es el estudio de la relación que se establece entre el sujeto cognoscente y el objeto conocido, y este objeto de conocimiento en las Ciencias Jurídicas son los hechos, las normas y los valores siguiendo la teoría tridimensional del Derecho. Las Ciencias Jurídicas son parte integral del edificio de las Ciencias Sociales, cuyo objeto de estudio es la realidad social. Estas ciencias estudian un mundo objetivo y real, que debe ser estudiado por el investigador jurídico. Luego, el conocimiento jurídico es una categoría o tipo del saber reflexivo, esto es, una forma o manera de posesión consciente de la realidad, las normas y los hechos expresada en juicios explicativos o comprensivos y demostrables, sobre los datos que el objeto ofrece y que el sujeto capta y evalúa.

El conocimiento jurídico es una reproducción mental de la realidad objetiva, y si éste se encuentra en continuo movimiento, el conocimiento sobre ella se tiene que ajustar, enriquecer o eliminar para dar paso a otro que abarque y explique mejor dicha realidad objetiva.

El conocimiento jurídico es el resultado de la investigación que se ha realizado en el derecho, en el tiempo y en el espacio. Las características del conocimiento jurídico son los mismos que del conocimiento científico: objetividad, racionalidad, “lógica”, “metodología”, sistematización, flexibilidad, lenguaje técnico y preciso.

En la práctica cotidiana podemos apreciar que las distintas disciplinas científicas participan en un proceso múltiple y enriquecedor de generación de conocimiento científico, por lo que debemos enfatizar la función interdisciplinaria de la ciencia. Esto es importante en el Derecho, que generalmente se cerraba antiguamente a la posibilidad de participar con otras ciencias. De esta forma no es raro ver que se integren equipos de investigación con profesionales de diferentes áreas del conocimiento científico, dentro de los cuales están los profesionales del derecho, esto permite obtener un conocimiento más amplio de la realidad que pretendemos estudiar.

1.2. Concepto de investigación jurídica

Según Héctor Fix-Zamudio, la investigación jurídica es: *“la actividad intelectual que pretende descubrir las soluciones jurídicas, adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, lo que implica también la necesidad de profundizar en el análisis de dichos problemas, con el objeto de adecuar el ordenamiento jurídico a dichas transformaciones sociales, aún*

³ Opus cit. Pág. 4.

cuando formalmente parezca anticuado”⁴.

Para Jaime Giraldo Ángel: “la investigación jurídica está encaminada a la formulación de los fundamentos jurídicos, los que por su esencia misma rebasan los lindes del caso concreto”⁵.

Según Aníbal Bascuñán Valdés: “por investigación jurídica debemos entender el conjunto de actividades tendiente a la identificación, individualización, clasificación y registro de las fuentes de conocimiento de lo jurídico en sus aspectos sistemático, genético, y filosófico”⁶.

Para Leoncio Lara Sáenz: “hay que precisar que la investigación jurídica persigue identificar y caracterizar al objeto de conocimiento denominado derecho, y que en general los conocimientos jurídicos generalizados y válidos constituyen el destino de la ciencia del derecho”⁷.

Por lo tanto, definimos a la investigación jurídica como el conjunto de procedimientos de carácter reflexivo, sistemático, controlado, crítico y creativo; cuyo objetivo es la búsqueda, indagación y el estudio de las normas, los hechos y los valores, considerando la dinámica de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se desarrollan en la sociedad.

1.3. El proceso de investigación científica

La investigación científica se encarga de producir conocimiento. El conocimiento científico se caracteriza por ser:

- Sistemático.
- Ordenado.
- Metódico.
- Racional / reflexivo.
- Crítico / subversivo.

Que sea sistemático significa que no se puede arbitrariamente eliminar pasos, sino que rigurosamente se debe seguirlos.

Que sea metódico implica que se debe elegir un camino (método: “camino hacia”), sea, en este caso, una encuesta, una entrevista o una observación.

Que sea racional / reflexivo implica una reflexión por parte del investigador y tiene que ver con una ruptura con el sentido común. Hay que alejarse de la realidad construida por uno mismo, alejarse de las nociones, del saber inmediato. Esto permite llegar a la objetividad.

Que sea crítico se refiere a que intenta producir conocimiento, aunque esto pueda jugar en contra.

⁴ FIX- ZAMUDIO, Héctor. Metodología, docencia e investigación jurídica, Pág. 416.

⁵ GIRALDO Ángel, Jaime. Metodología y Técnicas de investigación jurídica, Pág. 13.

⁶ BASCUÑÁN VALDÉS, A. Opus. cit., Pág. 40.

⁷ LARA SÁENZ, Leoncio. Procesos de investigación jurídica, Pág. 33.

Se hace necesaria la existencia de un problema, luego de la toma de conciencia sobre el problema y, por último, la existencia de una solución posible.

El problema de investigación yace en la discrepancia existente entre un modelo ideal y un modelo real, por ejemplo: modelo ideal: "los niños no deben trabajar", modelo real: "los niños trabajan".

La prioridad aquí está en lo teórico, lo que se cree que se debería hacer, el marco teórico afirma que "eso no debería ser así".

La discrepancia entre el modelo ideal y el real debe ser significativa y se requiere la toma de conciencia de esa discrepancia (dada la existencia del modelo ideal).

El tercer componente es la solución. El trabajo se orienta a la solución del problema, si no tiene solución no se investiga.

Las técnicas son los procedimientos e instrumentos que utilizamos para acceder al conocimiento. Encuestas, entrevistas, observaciones y todo lo que se deriva de ellas.

Los pasos de la investigación han de ser los siguientes:

1. Tema.
2. Delimitación del tema.
3. Formulación del problema.
4. Reducción del problema a nivel empírico.
5. Determinación de las unidades de análisis.
6. Recolección de datos.
7. Análisis de datos.
8. Informe final.

El Tema puede ser un aspecto de la realidad a grandes rasgos. Es lo general (por ejemplo: pobreza).

Luis Acosta Hoyos⁸ dedica un capítulo entero a la elección del tema de investigación, y propone diez factores para analizar la decisión de tomar un cierto tema:

1. que no haya sido tomado también por otro investigador;
 2. que cumpla con los requisitos que se exigen en aquello para lo que está destinada la investigación;
 3. que el investigador esté capacitado para desarrollarlo;
 4. que haya el tiempo que se necesita para investigarlo;
 5. que interese al investigador;
 6. que sea original;
 7. que tenga alguna utilidad;
 8. que exista el dinero necesario para desarrollarlo;
 9. que se encuentre disponible el material que se necesita para desarrollarlo;
- y
10. que sea posible su publicación.

⁸ ACOSTA HOYOS, Luis Eduardo. Guía práctica para la investigación y redacción de informes. Buenos Aires, 1970. Paidós. Págs. 9-18.

La Delimitación consiste en acotar desde varios puntos de vista. Implica un "encuadre", es decir, decidir que se aborda y que se deja afuera. Existen diferentes formas de delimitar el tema:

- a. Contextualización: se contextualiza desde lo espacial (dónde se hará la investigación), desde lo temporal (cuál será el período de investigación, aunque no siempre sea posible determinarlo con exactitud, por ejemplo: segundo cuatrimestre de 2015), desde lo sociodemográfico (variables duras de las personas) y desde lo sociocultural (gustos, preferencias, actitudes, etc.).
- b. Torbellino de ideas: es una técnica que consiste en formular interrogantes acerca de lo que quiero o podría llegar a investigar.
- c. Ayudas metodológicas: puede realizarse, por ejemplo, consultando especialistas en el tema o recurriendo a distintas bibliografías.
- d. Observación de casos típicos y atípicos: por ejemplo mediante entrevistas.
- e. Acercamiento al campo: hacer una vivencia directa.

La Formulación del problema implica una serie de pasos, aunque no existe un orden establecido para ellos:

- a. Formulación de objetivos: ya sean objetivos generales o particulares (estos son eventuales, que no amplían, sino que especifican). Desde aquí se avanzará a las variables, es decir, se expresan los objetivos en términos de variables relacionadas, por ejemplo: relación entre el nivel de instrucción y la forma de expresarse.

Los objetivos deben expresarse en infinitivo.

- b. Elaboración de un marco teórico: es la teoría de la cual se dispone acerca del objeto de estudio. El marco teórico es un conjunto de explicaciones y enunciados del cual surgirá la hipótesis. Cuanto más pobre es el marco teórico menos hay para observar. Cuanto más conocimiento se tiene más fenómenos se observan en un mismo hecho. Aquí se definen las variables, se explicita que es lo que entendemos por lo que decimos. Aparece lo observable y lo abstracto, la teoría debe ser bajada a la realidad.

- c. Formular hipótesis: las hipótesis derivadas. Están vinculadas con los objetivos. Las hipótesis se clasifican según distintos criterios que se desarrollan más adelante.

- d. Formular interrogantes, se debe formular al menos un interrogante general, el cual define hacia donde se va a avanzar. El interrogante es el que estimula la búsqueda o indagación. Quien formule más interrogantes es quien más conoce la realidad.

- e. Definición de variables: las variables se definen conceptual y operacionalmente. La definición conceptual es la expresión de la variable conforme el marco teórico que se usa, por ejemplo, definición de persuasión según la teoría de la persuasión. La definición operacional expresa cómo se va a medir la variable, es decir, a través de qué aspectos vamos a poder medir el concepto, por ejemplo, si los vendedores usan o no técnicas de persuasión tales como minimización de la competencia, modificación de los constructos, cierres de venta, etc.

Cabe resaltar la importancia de la definición conceptual, pues estudios similares pueden producir resultados distintos por tener distintos marcos teóricos.

Clasificación de las hipótesis. Según la función que cumplen en la investigación, veremos:

a. Hipótesis generales: por ejemplo "*a mayor conocimiento mayor rendimiento*". Las hipótesis generales poseen un alto contenido de abstracción.

b. Hipótesis intermedias: "*a mayor conocimiento de la teoría de la persuasión mejor desempeño laboral*". Estas hipótesis establecen relaciones de intermediación entre la teoría y el campo empírico.

c. Hipótesis empíricas: "*a mayor aplicación de las técnicas de la teoría de la persuasión mayor nivel de ventas de electrodomésticos*". Estas hipótesis son constituidas a partir de definiciones operacionales o indicadoras, directamente contrastables y mensurables.

d. Hipótesis de generalización: permiten extender las conclusiones tomadas para las muestras al conjunto o población de sujetos o fenómenos.

Según el nexo que liga a las variables:

e. Hipótesis descriptivas: señalan la frecuencia o características de un fenómeno sin establecer relaciones causales entre sus variables. Pueden ser a su vez:

- 1) Asociativas: plantean relaciones no paramétricas entre las variables que las componen. En este caso las variables son cualitativas, por ejemplo, "*la satisfacción del consumidor aumenta con la calidad de los productos*".
- 2) Correlacionales: plantean la existencia de relaciones de tipo estadístico o paramétricas entre variables cualitativas o cuantitativas, por ejemplo, "*la tasa de mortalidad aumenta a medida que aumenta la tasa de desocupación*".
- 3) Hipótesis explicativas: dan cuenta del porqué de los fenómenos. A su vez se dividen en:
 - a) Causales o determinísticas: plantean la existencia de una relación causa-efecto ineluctable. Son poco frecuentes en las Ciencias Sociales, son propias de las Ciencias Físico-naturales, por ejemplo, "*el hábito de fumar provoca lesiones de distinta gravedad a nivel pulmonar*".
 - b) Estocásticas o probabilísticas: se trata de hipótesis causales pero en el marco de la idea *si X probablemente Y*. Dicha probabilidad se fija dentro de ciertos parámetros estadísticos que oscilan entre el cero al ciento por ciento; por ejemplo, "*es probable que la presión tributaria determine el monto de la recaudación fiscal*".
 - c) Contingentes: son del tipo de *si X entonces Y, pero sólo si Z*. Por ejemplo, "*un riego adecuado produce una buena cosecha, sólo si no se producen heladas*".
 - d) Predictivas: permiten anticipar con algún grado de certeza el comportamiento de ciertas variables o el acaecimiento de fenómenos. A su vez pueden ser: fundadas en leyes teóricas, por ejemplo, "*la fuerza gravitacional en cualquier parte del planeta a partir de las leyes de Newton*"; o fundadas en acumulación de datos empíricos, por ejemplo, "*el tamaño de la población mundial dentro de diez años en base al tamaño de la población actual*".

El proceso de investigación se inicia en el momento en el que la realidad, sea de naturaleza física o social, plantea problemas a los estudiosos de un campo determinado del conocimiento, y éstos deciden encontrar las respuestas. Dichos problemas pueden expresarse de muy diversas maneras, como: resultados contradictorios, lagunas o

resultados parciales, generalizaciones débilmente fundamentadas y aún carencia total de datos, todo esto con respecto a un fenómeno u objeto de conocimiento determinado.

De esta manera, habiendo surgido un problema general de investigación, éste deberá traducirse en preguntas o interrogantes específicos y delimitados, como primer paso necesario en el intento que tiene como propósito darle una solución.

El planteamiento del problema de investigación, se refiere precisamente a su especificación y delimitación. El planteamiento de los problemas de investigación que forman parte de las disciplinas jurídicas debe reunir ciertas características, por ejemplo referirse a cuestiones resolubles, solucionables.

Con esto se quiere decir que éstas características deben ser susceptibles de investigación concreta; debe estar correcta y adecuadamente especificado, es decir, clara y precisamente definido; debe referirse a una cuestión que puede ser probablemente cierta o falsa. Decimos que probablemente cierta o falsa porque la Ciencia es un campo de verdades relativas a las que hay que aproximarse en forma sucesiva.

Cuando un problema de investigación está mal planteado, impide aproximarse a cuestiones resolubles. Un problema mal planteado puede deberse a que la pregunta que se hace el investigador es demasiado general, éste debería limitarla antes de intentar aproximarse a su estudio; o bien, puede ser que los conceptos o términos con los que está planteada la pregunta no estén correctamente definidos.

1.4. El plan de investigación

Una vez que el investigador ha planteado correctamente su problema de investigación, deberá proceder a planear su investigación. El plan o proyecto de la investigación abarca los siguientes pasos, que deberán considerarse antes de iniciar el estudio:

- a. Revisión bibliográfica o estado de la cuestión.
- b. Planteamiento del problema.
- c. Establecimiento de las hipótesis.
- d. Definición de variables.
- e. Determinación del diseño de investigación.

Planear la investigación de antemano, tomando en cuenta los aspectos señalados, tiene dos ventajas fundamentales para el investigador:

- 1) Conocer las posibilidades que se tienen de llevar a cabo la investigación de manera válida según los estándares que exige la producción de conocimiento científico; y
- 2) Determinar cuáles son los posibles obstáculos que enfrentará, para poderlos prever y superarlos previamente hasta donde sea posible, evitando con esto soluciones improvisadas que pudieran invalidar los resultados que se obtuvieran. Estas razones justifican plenamente la planeación y ejecución del proyecto de investigación.

1.5. Desarrollo de la Investigación

En seguida se describirán los pasos arriba señalados, que corresponden a los que generalmente se siguen cuando se planea una investigación. Esto se hará dentro de los límites planteados en el presente trabajo, que intenta proporcionar una guía práctica del proceso de investigación dentro del campo de las disciplinas jurídicas.

a. Revisión bibliográfica o estado de la cuestión.

Como primer paso en la realización de una investigación se tiene que revisar la literatura. Esto es, habrá de buscarse a través de todos los medios disponibles lo que se haya escrito respecto al problema de investigación, o se relacione con éste.

Existe un gran número de revistas especializadas, tanto nacionales como extranjeras que resultan de gran utilidad para el estudioso de este campo. Se cuenta también con un gran número de obras publicadas, que generalmente se conocen como lecturas o manuales que también proporcionan información especializada.

Por supuesto también existen diversos centros de investigación tanto en el país como en el extranjero, que aportan bases de datos digitales a los que se puede recurrir para obtener el mayor número de datos sobre el problema de interés.

La revisión de la literatura rinde múltiples beneficios al investigador; entre ellos, además de los mencionados anteriormente, están los siguientes:

- Evita duplicaciones inútiles, pues posiblemente las respuestas que se buscaban ya han sido dadas por otros investigadores.
- Informa sobre los obstáculos que otros investigadores enfrentaron al realizar un estudio similar al de interés, proporcionando con esto ideas y estrategias que facilitan el trabajo de investigación a emprender.
- Aclara dudas sobre la mejor manera de obtener datos sobre instrumentos que se pueden utilizar o sobre formas de aproximación y recolección de datos.
- Facilita el surgimiento de ideas con respecto a variables, hipótesis, formas de control, etc., que antes de la revisión bibliográfica no había pensado el investigador.
- Informa de las limitaciones que investigadores anteriores no pudieron superar, por diversas razones, así como de las sugerencias que estos hacen al respecto y que por lo general se refieren a nuevas investigaciones.

En suma, la revisión bibliográfica permite conocer, profundizar y ampliar, las perspectivas con respecto al problema que se abordará; además esa información constituye de hecho, los antecedentes teóricos y empíricos del estudio a realizar; es decir, constituye el marco de referencia teórico conceptual que contribuirá a explicar los resultados que se obtengan.

b. Planteamiento del problema.

Habiendo revisado la bibliografía existente y consultado con especialistas en la materia, el siguiente paso, el planteamiento del problema, resulta más sencillo. La información recopilada facilitará el cumplimiento de los requisitos antes señalados. Se tendrá así, un problema de investigación correctamente planteado, clara y precisamente

definido. Esto es, se podrá formular una pregunta, exactamente la que se quiere, y se podrá responder de manera adecuada.

c. El establecimiento de las hipótesis.

Una hipótesis representa la posible solución al problema de investigación. Se puede definir como la relación potencial que existe entre dos o más variables, y que puede ser probablemente cierta o falsa.

En realidad el problema de investigación es una pregunta que se refiere a la posible existencia de una relación entre dos o más fenómenos o variables.

De esta manera, la hipótesis expresa el establecimiento adecuado dentro de los requisitos de la ciencia de esa misma pregunta, y la investigación en su conjunto es un intento de dar respuesta a dicha pregunta.

Las hipótesis tienen funciones específicas en la investigación: la principal es que la orienta y la dirige. Por otra parte, algunas hipótesis pueden ser mejores que otras en cuanto a su planteamiento. Esta "bondad" de las hipótesis se logra en la medida en que se cumplen los siguientes requisitos:

- Deben ser relevantes al problema de investigación;
- Deben ser simples o parsimoniosas; y
- Sus términos (las variables) deben de ser susceptibles de cuantificación, o por lo menos de definición operacional.

Aunque ya hemos hablado anteriormente de los diferentes tipos de hipótesis, vamos ahora a recalcar la relación que tienen dentro de la investigación a realizar. De esta manera, a la hora de establecer nuestra metodología hemos de establecer:

- **Hipótesis Conceptuales:** Esta hipótesis se refiere a la formulación teórica que respalda el trabajo de investigación; es la hipótesis que servirá para relacionar los resultados con el marco teórico o conceptual. Esta hipótesis por lo general es la que se deriva de una teoría, ley o principio general, y la que finalmente será confirmada o desmentir según los resultados de la investigación.

- **Hipótesis de trabajo:** Esta se conoce también como hipótesis empírica. Difiere de la conceptual en el sentido de que se plantea en términos de variables concretas, definidas operacionalmente, e indica específicamente qué es lo que se realizará en la investigación. De esta manera, en la misma medida en que la hipótesis de trabajo esté bien planteada, estará indicando cómo se debe llevar a cabo la investigación. Es la hipótesis del investigador y representa la traducción operacional de una hipótesis conceptual.

Por lo general la hipótesis de trabajo postula la existencia de diferencias entre dos o más grupos, partiendo del supuesto de que éstas se deben a la influencia o efecto de la variable independiente que está presente en un grupo y no en el otro: a la existencia en cantidades diferenciales de esa variable en el grupo o grupos experimentales, o a la ausencia de ella en el grupo control. También puede plantear la existencia de una relación, positiva o negativa entre dos o más variables.

d. Determinación de variables.

Continuamente estamos hablando de variables en investigación. Una variable es un evento o fenómeno que existe en diversas cantidades en la realidad. Esto es, puede adquirir diferentes valores.

Las variables también se pueden clasificar desde diferentes puntos de vista. Pueden ser discretas o continuas. Las primeras se refieren al hecho de que ciertos fenómenos, eventos o cosas, sólo existen en términos de cantidades que representan unidades enteras, mientras que las segundas expresan fenómenos o eventos que pueden ser fraccionados, es decir, que son lógicamente susceptibles de ser representados por números enteros y toda la gama de fracciones que se requiera. Un ejemplo de las primeras sería el sexo (masculino o femenino).

e. Diseño de la investigación.

Existen diversos tipos de diseños, cada uno es más o menos adecuado según el problema y objetivos de la investigación. En la selección del diseño, también debe tomarse en cuenta, aspectos de carácter práctico: el tiempo con el que se cuenta para hacer el estudio, el personal del que se dispone, el presupuesto que se tiene, el número de sujetos de investigación disponibles. Otro aspecto determinante en la selección del diseño es el número de variables tanto independientes como dependientes que se van a investigar.

1.6. El resultado final de investigación

El objetivo de una investigación empírica es, en términos generales, reportar un estudio llevado a cabo por un alumno o grupo de alumnos, bajo la asesoría de uno o varios profesores, con la idea de que será sometido a juicio ante un grupo de profesores o jurado calificador, que habrá de evaluar al o a los sustentantes en cuanto a diversos aspectos, entre los cuales destacan los siguientes:

- a. El conocimiento teórico-metodológico adquirido durante una experiencia de enseñanza-aprendizaje formal.
- b. La habilidad adquirida para extrapolar esos conocimientos a una situación práctica o de la realidad extracurricular.
- c. La capacidad que haya adquirido para establecer relaciones, semejanzas, diferencias e integraciones del conocimiento adquirido.
- d. La habilidad para resolver los diferentes problemas surgidos durante el desarrollo del estudio, de acuerdo con el conocimiento que tiene y que se refleja en la bondad de las soluciones planteadas.
- e. La habilidad para crear, a partir del conocimiento existente, nuevas aproximaciones para el estudio y/o explicación de los fenómenos o problemas del área de conocimiento en cuestión. Por último, este tipo de reporte debe cumplir con una función didáctica, para otros alumnos o personas interesadas en el tema, que lo vayan a consultar.

Debido a las razones anteriormente mencionadas, la forma en que se reporta una tesis, es ligeramente diferente a las antes presentadas. Deberá recordarse, sin embargo, que las reglas generales presentadas al principio de esta sección, siguen siendo aplicables.

En términos generales, los apartados de un reporte de investigación son los siguientes:

1. Introducción.
2. Antecedentes.
3. Marco teórico de referencia.
4. Metodología.
5. Interpretación y discusión de resultados.
6. Referencias bibliográficas.

Se debe aclarar que este formato es aplicable únicamente a aquellas tesis que involucran una investigación empírica de algún problema de carácter social. Este formato, a diferencia del que se usa para elaborar reportes para publicación, carece de resumen y contiene dos apartados que anteriormente no aparecían: antecedentes y marco teórico de referencia.

1. Introducción

En esta parte se deberá establecer con toda claridad el o los objetivos de la investigación, los problemas que pretende resolver. La importancia teórico-metodológica y/o práctica que tiene el estudio, así como las implicaciones y posibilidades de aplicación de los resultados esperados.

También es pertinente señalar la forma en que está organizada la información que se presenta en el resto de los apartados del reporte.

2. Antecedentes.

En esta parte habrán de reseñarse en forma crítica y analítica, todos aquellos estudios que tienen alguna relación con el que se está reportando. La relación de los estudios realizados por otros investigadores con el actual puede ser de varios tipos:

- a. La semejanza de los problemas planteados.
- b. La semejanza de las técnicas empleadas (aparatos, instrumentos, análisis de datos).
- c. La semejanza de la aproximación teórica.
- d. La semejanza en el tratamiento o inclusión de algunas variables.
- e. Resultados de otros estudios que sirven de fundamentación para los resultados esperados en el presente estudio, etc.

Esta presentación deberá hacerse en forma integrada, secuencialmente organizada de manera tal que lleve al lector a los aspectos más importantes y relevantes de los estudios anteriores que estén directamente vinculados con el presente estudio.

3. Marco teórico de referencia

En este apartado se señalará la o las perspectivas teóricas que se emplearán como línea directriz en la aproximación del fenómeno que se estudia, así como el marco de referencia que servirá para interpretar y discutir los hallazgos de la investigación.

Las hipótesis conceptuales, así como las de trabajo que se plantearán en el siguiente apartado, deberán ser una consecuencia lógica y más o menos directa del marco de referencia empleado y los resultados de los estudios reseñados en la sección de antecedentes.

4. Metodología

En esta sección se habrán de señalar todos los pasos seguidos en el desarrollo de la investigación, hasta la consecución de los resultados, en forma tal, que el lector que desee replicarla, pueda hacerlo con base a lo establecido en esta sección.

Está constituida por diversas subsecciones, y debido a su importancia para el logro del objetivo que se planteó al inicio de este apartado, las mencionaremos, aunque sea en forma breve, indicando lo que habrá de incluirse en cada una de ellas.

- a. Planteamiento del problema: Este deberá derivarse directamente de la información contenida en las dos secciones anteriores (Antecedentes y Marco teórico de referencia)
- b. Planteamiento de hipótesis: Conceptuales y de trabajo.
- c. Variables: Clasificación, definición (conceptual y operacional), control de variables (experimental y/o estadístico).
- d. Diseño de Investigación.
- e. Muestra: Procedimiento de selección y características más importantes de la misma, así como especificación de su tamaño.
- f. Instrumentos: Si son aparatos conocidos, modelos, marca y nombre. Si son nuevos, descripción amplia de su estructura, funcionamiento y manejo. Si son cuestionarios y/o pruebas conocidas, sólo se mencionan; si fueron elaborados expresamente para este estudio: su procedimiento de construcción, aplicación, calificación, reestructuración después del piloteo; características psicométricas (confiabilidad y validez); versión final del instrumento.
- g. Análisis de datos: Se habrá de señalar qué tipo de análisis se llevaron a cabo, para qué y porqué.
- h. Resultados: Se habrán de presentar los resultados obtenidos, por medio de cuadros, tablas, gráficas o figuras, de manera que la información no se repita innecesariamente.

Se deberá hacer una breve descripción de los resultados, señalando si las hipótesis fueron o no confirmadas.

5. Interpretación y discusión de resultados

En esta sección se deberá interpretar los resultados obtenidos a la luz del marco teórico de referencia, y se deberá discutir, contrastándolos con resultados de los estudios reseñados en la sección de antecedentes, indicando con claridad cuándo concuerdan con los obtenidos por otros autores y cuándo no, señalando para cada caso, la razones que el investigador tiene para explicar la concordancia o falta de ella. Lo reportado en esta sección incluye también las limitaciones del estudio, así como la sugerencia de futuras investigaciones. En términos generales, lo que se señaló para Discusión en el reporte para publicación, también se aplica aquí, pero en este caso, la discusión puede ampliarse bastante, pues no existe límite de espacio preestablecido por nadie.

6. Referencias bibliográficas

En esta sección debemos incluir todas las fuentes bibliográficas que hayamos usado para la elaboración del trabajo: ordenadas alfabéticamente, en el caso de elaborar una bibliografía general; o temáticamente, por capítulos, etc. Una recomendación hemos de realizar: no debemos incluir aquellas referencias que no hayamos utilizado. La referencia bibliográfica es un reporte de información de nuestra investigación, de su calidad y del nivel de profundización que hemos alcanzado.

Así también, debemos reportar aquella información que consideremos pertinente para corroborar o ampliar los datos aportados en el trabajo de investigación. De esto se trata los Apéndices.

Este tipo de reportes puede tener al final tantos apéndices como sean necesarios, para garantizar la adecuada posibilidad de replicación por otro investigador interesado. Es decir los apéndices pueden contener los instrumentos iniciales, y los definitivos; tablas muy amplias de estadísticas descriptivas de la muestra; diagramas de aparatos, etc.

Unidad 2: Métodos de Investigación

2.1. Los métodos y las técnicas aplicables en el estudio del derecho

Históricamente se ha concebido al método como la vía para alcanzar una meta, es decir, un conjunto de procedimientos que permiten investigar y obtener el conocimiento. Técnicamente es un conjunto ordenado y sistematizado de procedimientos que nos posibilitan desarrollar la tarea de adquirir nuevos conocimientos o de perfeccionar los ya obtenidos.

La metodología de la investigación científica se concibe como el estudio y la aplicación del conjunto de métodos, técnicas y recursos en el proceso de la investigación.

Las principales características del método científico son las siguientes: empírico y teórico, inductivo y deductivo, analítico y sintético, crítico, selectivo, normativo, extensivo, abierto y falible.

Todas las condiciones anteriormente expresadas se pueden aplicar al método de investigación jurídica. *“En el ámbito de la investigación jurídica, el método debe tener similares características, a diferencia de lo que puede llegar a ocurrir en la práctica profesional del abogado, donde la repetición de esquemas o del proceso de la búsqueda de soluciones a conflictos concretos, es decir, los planteados por el cliente, pueden llegar a convertir la labor en algo empírico y casi espontáneo, no tanto porque la tarea del litigio tenga esa naturaleza, sino porque la preparación profesional sigue careciendo en la actualidad de una adecuada vinculación con la práctica”*⁹.

Según A. Bascuñán V: *“el método y la técnica de la investigación deben, pues, serles enseñados a la par que el sistema jurídico vigente, y sus técnicas de aplicación. En este entrenamiento y no en otra oportunidad, es en el contacto y manejo de las Fuentes de conocimiento y no en la memorización de códigos y de apuntes donde tendrá la oportunidad de mostrarse la auténtica vocación para tareas investigatorias de ambición creadora”*¹⁰.

Luego agrega que a la pre-formación investigadora le está reservada la tarea de impartir el aprendizaje de la técnica investigatoria sobre las fuentes del conocimiento y los datos de ellas obtenidos, al Seminario le compete habilitar con la metodología científica, esto es, la tarea “conceptuadora”, “sistematizadora” y demostrativa que se realiza con el material extraído de las fuentes del conocimiento jurídico. Preseminario y Seminario constituyen los instrumentos predilectos de la enseñanza activa o genética, llamada así porque el estudiante reelabora por sí sólo, con el manejo directo de las fuentes pero *supervigilado* y orientado por un guía o tutor más experimentado, un determinado cuadro conceptual.

La técnica de la investigación jurídica, resultado del saber empírico-técnico, persigue la aprehensión de datos para el conocimiento sistemático, genético o filosófico del Derecho, a cuyo efecto dota al sujeto cognoscente con todas las nociones y habilidades atinentes a la búsqueda, individualización y empleo de las fuentes de

⁹ HERNÁNDEZ, Sandra Luz y R. López D. Técnicas de Investigación Jurídica. Harla Editores. México, 1995. Págs. 17-18.

¹⁰ BASCUÑÁN V, A. Opus cit., Pág. 43.

conocimiento jurídicas, de forma que permite obtener de ellas los datos concretos para su ulterior elaboración metodológica. Es un saber práctico al servicio de un saber científico¹¹.

En el Derecho, al referirnos a la Metodología, nos estamos centrando en el estudio de las diferentes corrientes del pensamiento jurídico: las que determinarán posiciones doctrinarias, por ejemplo: el positivismo, el iusnaturalismo, el marxismo, etc. En cambio, las técnicas se refieren más a la operatoria de los medios auxiliares del método. Por otra parte, la técnica es un procedimiento particular al objeto de estudio y a la ciencia específica.

Según Witker, la curiosidad, la observación, la abstracción, la comprobación y la tesis o producto científico son los elementos metodológicos preliminares para realizar una investigación jurídica¹².

Posteriormente este autor establece la siguiente categorización¹³:

a. En la investigación dogmática se pueden aplicar el método exegético, el método sistemático y el método sociológico.

- El **método exegético** utiliza los elementos gramaticales, semánticos, extensivos, etc. La tarea del intérprete y del investigador es tratar de descifrar lo más auténticamente posible lo que el legislador quiso decir; luego, se considera a la norma como algo perfecto y estático. Al juez le corresponde la función silogística y mecánica de aplicar la ley.
- El **método sistemático** recurre para interpretar e investigar el Derecho a los siguientes elementos:
 - Tipificar la institución jurídica a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación, y
 - determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece.
- El **método sociológico** tiene como fundamento la idea de que el Derecho es un producto social y, como tal, no es indiferente a la relación social que regula.

b. La investigación jurídica empírica está dirigida a buscar un mayor acercamiento entre el sistema normativo y la realidad social, para ello utiliza todos los métodos y técnicas de la investigación social, es decir: el diseño encuesta pasa a ser determinante para conocer la distancia que se da entre el Derecho normativo y el Derecho real o vivo.

Por lo tanto:

“El método como herramienta del investigador social en las instancias jurídico-políticas, oficia, entonces, como el conjunto de medios de que se

¹¹ *Ibidem*, Pág. 44.

¹² WITKER, J. Op. Cit., Pág. 5.

¹³ *Ibidem*. Págs. 112-118.

dispone para plantear problemas verificables o contrastables y someter a prueba las soluciones propuestas para ellos (porque el científico no puede circunscribirse únicamente a construir en forma sistemática estructuras técnicas sino que además debe verificar su coherencia externa y someter a prueba empírica sus aspectos de mayor relieve), recalcando eso sí que la captación objetiva de lo humano está ligada al reconocimiento de que la naturaleza, la sociedad y el individuo constituyen totalidades concomitantes que exigen la investigación de lo concreto en forma opuesta a la mera especulación alejada de toda la realidad. Sin embargo, tampoco es posible esperar que la investigación social se subsuma en la investigación de la naturaleza a través de la utilización de los mismos esquemas metodológicos, sino que, por el contrario, su especificidad exige la utilización de métodos y procedimientos propios”¹⁴.

Al referirse a la investigación jurídica y la práctica profesional, Jaime Giraldo plantea que:

“Es pues necesario distinguir dos momentos en la actividad del jurista: Una primera etapa de investigación conceptual encaminada a la formulación de principios jurídicos, los que por su esencia misma rebasan los lindes del caso concreto, y una segunda etapa que se desenvuelve en la aplicación de los principios a la solución de aquellos. La primera es la esencia misma de la investigación jurídica, y la segunda del ejercicio profesional. Su secuencia debe ser, por tanto, rigurosa, pues su inversión, implicaría una distorsión tendenciosa del proceso investigativo”¹⁵.

De las diferentes posiciones sustentadas, podemos señalar que tanto los métodos como las técnicas de investigación dependerán del objeto de estudio que el investigador ha seleccionado y de la relación dinámica, directa y dialéctica que debe existir entre la teoría y la práctica.

2.2. Los principales métodos generales aplicables a la investigación jurídica

Vamos a referirnos a los principales métodos generales aplicables al derecho con la reiteración de que los métodos y técnicas son auxiliares y complementarios entre sí de conformidad con el objetivo de la investigación.

a) El método Intuitivo

El método Intuitivo, no obstante su poca consideración, tiene gran importancia en la investigación jurídica y se sustenta en la intuición y en el verbo intuir que requiere mirar.

Es un método directo, donde el sujeto cognoscente, aprende o captura directamente el objeto de conocer. Consiste el único acto del espíritu que de pronto y a veces espontáneamente lanza una sola visión del alma.

¹⁴ ORTIZ CASTRO, José Iván. *Aproximación metodológica a los niveles jurídico- políticos de la investigación social*, Págs. 28-29.

¹⁵ GIRALDO, Jaime Ángel. *Metodología y Técnicas de Investigación Jurídicas*, Págs. 13-14.

Mediante este método tenemos la primera respuesta, la más espontánea y original ante los problemas planteados.

Da como resultado una primera aproximación a la verdad que podrá someterse a todo proceso metódico de comprobación mediante otros métodos complementarios. Los que se pueden utilizar con mayor éxito son el método científico y el método dialéctico.

Se utilizan recíproca y complementariamente el método intuitivo y el método científico cuando ante la observación de los fenómenos socio-jurídicos y sus problemas implícitos damos respuestas inmediatas por intuición. Las cuales constituyen verdaderas hipótesis de trabajo o soluciones anticipadas que mediante el método científico se someten a revisión, y comprobación para generar teorías o modelos científicos.

Ante cada reto cognoscitivo, ante cada problema, tenemos inmediatamente una idea, una solución incipiente que adquirirá el carácter de saber científico al analizarse, meditar, evaluarse y probarse.

Se complementa el método intuitivo y el método dialéctico, cuando la primera respuesta ante un problema planteado se constituye en nuestra tesis o punto de vista que confrontamos en búsqueda de la antítesis o tesis contraria para llegar a la verdad.

El método intuitivo se fundamenta en la acción y efecto de intuir, palabras que provienen del latín *intuari*: mirar, percibir una idea o verdad instantánea, como si se tuviera a la vista¹⁶ en forma directa.

"Intuición es el conocimiento inmediato de un efecto (. . .) la clasificación más comúnmente aceptada en lo que distingue una intuición sensible (. . .) de una intuición intelectual (captación de esencias puras) (. . .) También se puede hablar de intuición emocional cuyo objeto son los valores (Scheler, N. Hartmann) y de la intuición volitiva (Fichte, Dilthe)"¹⁷.

El método no excluye ninguna de las clasificaciones de la intuición.

La aplicación sistemática de este método ha generado intuicionismo; doctrina que considera a la intuición como fuente de conocimiento. Son partidarias del intuicionismo, la escuela escocesa del sentido común, la filosofía de Bengsob y las clases de Scheler y Hartmann¹⁸.

Para este método pueden aplicarse las diversas técnicas de observación científica que tiene la característica de constituirse en auxiliar de los demás métodos.

b) El método Discursivo

El método indirecto en lugar de ir directamente al objeto, lo considera y lo contempla desde múltiples puntos de vista, abrasándolo cada vez más hasta que por fin consigue fijarlo al concepto.

¹⁶ DICCIONARIO ENCICLOPEDIA SALVAT, t. 7, Salvat Editorial, S. A, Barcelona. 1978.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

Este método puede aplicarse cuando el objeto de conocimiento es complejo y no hay respuestas inmediatas a los problemas planteados.

En el desarrollo de este método se pueden aplicar principalmente técnicas de investigación documental, las que permiten una captura indirecta de la información.

c) El método Sistemático

Se ocupa de ordenar los conocimientos agrupándolos en sistemas coherentes, para lo cual puede combinarse con el método inductivo. Se combina además con el método deductivo cuando se separan las partes de un todo en orden jerárquico siguiendo determinados criterios de clasificación.

Estudia las formas en que se ordenan en un todo, una serie de conocimientos, de manera que resulten claras las relaciones y dependencias recíprocas de las partes componentes del todo.

Las técnicas que hacen posible una mejor aplicación de este método son las de captura y sistematización de datos, casos y procesos; y las de análisis y presentación de información que serán analizadas en este estudio.

La poca aplicación de este método se observa en las deficiencias de la mayoría de las obras jurídicas; por ejemplo, en la producción legislativa, la presentación asistemática y dispersa de las normas jurídicas, provocan oscuridad en las disposiciones y difícil acceso de la población a la justicia, lo mismo se observa en la producción doctrinal y en la de carácter jurisprudencial.

Este método también puede utilizarse en la interpretación de las normas jurídicas.

d) El método Deductivo

El método Deductivo se realiza tomando como fundamento algunos principios o conocimientos generales que son aplicables para inferir conclusiones particulares en el área.

En materia jurídica, el método Deductivo se realiza principalmente mediante las técnicas de aplicación de las normas jurídicas generales a casos concretos.

e) El método Inductivo

El método Inductivo considera una serie de fenómenos o conocimientos particulares para llegar a conclusiones generales. Del análisis de varios casos y objetos particulares, puede llegarse a una conclusión general, el método Inductivo y Deductivo, se complementan y pueden combinarse con el método Analítico.

El método Inductivo se puede instrumentar de muy diversas formas, pero principalmente mediante las técnicas de análisis y presentación de casos, de procesos jurídicos, de resoluciones jurisdiccionales y jurisprudenciales, etc.

f) El método Analógico o Comparativo

Este método consiste en la comparación de fenómenos por sus semejanzas y diferencias, va de lo desconocido a lo conocido.

En el contexto del Derecho, el presente método puede aplicarse en la modificación legislativa y en la elaboración de normas jurídicas, para lo cual conviene considerar siempre la experiencia normativa en el tiempo y en el espacio, situación que origina la comparación histórica y la comparación sociológica.

g) El método Histórico

El punto de referencia de este método es el desarrollo cronológico del saber. Se sustenta además en la experiencia de los tiempos. Ya que en el campo del derecho, el conocimiento pleno de las instituciones jurídicas sólo es posible si consideramos su evolución histórica.

Este método se complementa con la mayoría de los demás; y las técnicas que pueden aplicarse conjuntamente son las técnicas documentales.

h) El método Dialéctico

Este método consiste fundamentalmente en la confrontación de ideas a través de la exposición de tesis y el surgimiento de antítesis o tesis contrarias, para el efecto de llegar a la síntesis.

Este método se vincula principalmente, con el método intuitivo en los términos ya señalados.

i) El método Científico

Constituye el método fundamental de la ciencia, porque permite en su instrumentación la concurrencia ilimitada de todos los métodos y técnicas existentes.

j) El método Fenomenológico

Es otro método general que trata de llegar al conocimiento de las cosas en sí mismas consideradas, es decir, tal como se presentan sin agregar ningún elemento subjetivo.

Este método elimina todos los elementos subjetivos del observador y sin prejuzgar, sin emitir juicio alguno, trata de describir las cosas tal como han pasado, tal como son.

Este método fue creado por Hesserl, quien afirma que las cosas sólo se conocen en las apariencias, por ello trata de aislar el conocimiento de todo aquello que no sea conocimiento en sí mismo. La fenomenología se funda en el análisis y descripción de los datos inmediatos de la conciencia pura, en una intelectual intuición que permite revelar la esencia de los objetos ideales.

2.3. Tipos y niveles de investigación jurídica

Existen diferentes categorizaciones para clasificar a la investigación, una de las

más conocidas señala que la investigación se divide en:

- a. **Investigación pura:** que se preocupa de elaborar teorías sin atender las posibles aplicaciones de éstas, e
- b. **Investigación aplicada:** que es la que se preocupa de utilizar las formulaciones teóricas elaborada por la investigación pura para resolver problemas prácticos.

Por lo tanto, ambas se necesitan porque están íntimamente conectadas.

Según la forma de recoger la información distinguimos a tres tipos:

- a. **Investigación documental:** Depende fundamentalmente de la información recogida o consultada en documentos o cualquier material impreso susceptible de ser procesado, analizado e interpretado.
- b. **Investigación de campo:** Es aquella en que el mismo objeto de estudio sirve de fuente de información para el investigador; por lo tanto, consiste en la observación directa de los fenómenos, comportamiento de personas, circunstancias en que ocurren determinados hechos, etc. Por este motivo la naturaleza de las fuentes determina las maneras de obtener los datos.
- c. **Investigación experimental:** Es la descripción y análisis del objeto de estudio, lo que será u ocurrirá en condiciones cuidadosamente controladas. El investigador posee un control personal de la variable independiente, es decir, manipula directamente las condiciones de ocurrencia de los fenómenos.

Los niveles de investigación son:

- a. **Los estudios exploratorios:** Tienen como objetivo la formulación de un problema para posibilitar una investigación más precisa o el desarrollo de una hipótesis, pero además intentan aumentar la familiaridad del investigador con el fenómeno que se va a investigar y sondearlo.
- b. **Los estudios descriptivos:** Tienen como objetivo central exponer las características de los fenómenos, por lo tanto, deben medir una o más variables dependientes de una población definida o en una muestra de la población.
- c. **Los estudios explicativos o causales:** Están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales, luego su interés se centra en conocer porqué ocurre un fenómeno, en qué condiciones se da éste, o porqué dos o más variables están relacionadas. Por lo tanto, son más estructurados y profundizados que los demás niveles de estudios.

Indiscutiblemente el investigador jurídico deberá definir en qué tipos y niveles de investigación trabajará. Probablemente combinará estos niveles o estudios.

Además de estas categorizaciones, abundantemente utilizadas en la literatura de la metodología de la investigación, Witker, distingue en el área jurídica la siguiente clasificación:

“Una investigación jurídica dogmática es aquella que concibe el problema jurídico desde una perspectiva estrictamente formalista, descontando todo elemento fáctico o real que se relacione con la institución, norma jurídica, o estructura legal

en cuestión”¹⁹.

Luego, “...la dogmática jurídica en general se inscribe en el ámbito de pensamiento que ubica al Derecho como una ciencia o técnica formal y, por consiguiente, como una variable independiente de la sociedad dotada de autosuficiencia metodológica y técnica”²⁰.

Su objeto de estudio son las fuentes formales, que pueden ser de carácter histórico, comparativo, interpretativo, propositivo o exploratorio.

Su método es el propio de los aplicadores del derecho vía exégesis, sistematización o finalidad de significado y sentido de orden normativo. Su técnica de investigación es documental y sus conclusiones apuntan a demostrar el sentido de leyes, jurisprudencia y doctrina de autores²¹.

La investigación jurídica empírica estudia al derecho como una variable dependiente de la sociedad, y sus expresiones normativas son los datos recogidos por el legislador, que en todo momento reflejan relaciones sociales entre individuos y grupos sociales. Las normas jurídicas no son entes muertos que se separan de la vida social para ser analizados y descritos autónomamente²².

Su objeto de estudio son “las normas jurídicas y los hechos económicos-sociales y políticos que concurren a su nacimiento, vigencia y eficacia, considerando multidisciplinariamente a un sector de la realidad impetrada y al comportamiento de sus destinatarios y aplicadores.”²³

“Pondrá el acento en la eficiencia de la norma ante el hecho, problema o persona regulados y buscará determinar si se cumple o no con las finalidades sociales de duración que el legislador aseguró a la institución o norma jurídica en cuestión.”²⁴

En este tipo de trabajos se utilizarán las técnicas propias de la investigación de campo: la observación, la entrevista y el cuestionario.

Hemos de tener bien claro que, antes de empezar los primeros pasos de nuestra investigación o trabajo, tenemos de establecer las etapas de delimitación metodológica. Para la investigación jurídica de carácter documental, cualitativa, entendemos que son las siguientes:

1. Delimitación del tema y planteamiento del problema.
2. Selección del diseño metodológico.
3. Recolección de los datos obtenidos en fuentes documentales.
4. Análisis e interpretación de los datos obtenidos en fuentes documentales.
5. Exposición y presentación formal del trabajo de investigación.

En cuanto a las etapas de la investigación jurídica empírica, cuantitativa,

¹⁹ WITKER, J. Op. Cit. Pág. 59.

²⁰ *Ibidem*. Pág. 59.

²¹ *Ibidem*, Págs. 65-66.

²² *Ibidem*, Pág. 67.

²³ *Ibidem*, Pág. 68.

²⁴ *Ibidem*, Pág. 68.

serán:

1. Delimitación del tema, planteamiento, formulación y sistematización del problema, objetivos generales y específicos, justificación y limitaciones.
2. Construcción del marco teórico y la hipótesis de investigación.
3. Selección del diseño metodológico de la investigación.
4. Recolección de los datos a través de las técnicas e instrumentos utilizados.
5. Procesamiento, análisis e interpretación de los datos obtenidos.
6. Síntesis y presentación del trabajo de investigación, que tradicionalmente se da en un informe escrito y su exposición oral.

Como se puede apreciar, observamos que las etapas de la investigación dogmática corresponden a las de la investigación documental-bibliográfica, así como las etapas de la investigación empírica corresponden a las de la investigación de campo.

El hecho que exista esta distinción no impide que se combinen los tipos de investigación jurídica, permitiendo una mayor posibilidad de alcanzar aportes cualitativos y cuantitativos en el conocimiento del derecho.

Los estudios del Derecho requieren de la investigación exegética y empírica con el objetivo de obtener datos o información para analizarlos y tomar decisiones adecuadas, resolver problemas vinculados al Derecho, conocer nuevas teorías y sus desarrollos (origen, evolución y avance de la legislación nacional e internacional), profundizar aspectos de la realidad socio-jurídica, conceptos e ideas, revisar y analizar documentos y textos existentes utilizando la artesanía intelectual, crear nuevos enfoques metodológicos (ser creativos), vincular la teoría con la práctica o el *deber ser* con el *ser* o realidad social, evaluar la eficacia de la norma jurídica, diagnosticar y conocer la realidad jurídica y sus transformaciones, enriquecer nuestro patrimonio cultural, comprobar y verificar hipótesis, ayudar a encontrar datos para resolver problemas jurídicos (conflictos, negociaciones, demandas, etc.), mejorar, reformar o crear nuevas leyes que atiendan a satisfacer necesidades de la comunidad, realizar proyectos de investigación que permitan entregar datos para tomar decisiones de modernización y transformación del sistema judicial y su normativa, reciclar conocimientos, etc.

Para cumplir estos objetivos la investigación del Derecho se puede desarrollar en diversos ámbitos o áreas, como las siguientes: Ciencias del Derecho, Derecho Público, Derecho Privado, Derecho Penal, Derecho Procesal, Derecho Internacional, Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, etc., dependiendo de la forma cómo la Facultad del Derecho ha organizado sus actividades de docencia, investigación y extensión, Actualmente se han incorporado nuevas áreas de estudio, como por ejemplo: Derecho Ambiental, Derecho Informático, Derecho del Consumidor, Derecho Económico, Sociología Jurídica, etc.

Los profesionales del Derecho actualmente deben recolectar datos, procesarlos, analizarlos, e interpretarlos para obtener una decisión sobre un asunto o negocio, por lo tanto, sugieren un determinado curso de acción. Y en el caso del investigador está intentando producir nuevo conocimiento que se integre a las Ciencias Jurídicas.

Unidad 3: Los métodos jurídicos

3.1. Métodos de interpretación de la ley

a) Marco teórico conceptual. Definición de Interpretación Jurídica.

Se refiere a la acción de interpretar. Etimológicamente hablando, el verbo "interpretar" proviene de la voz latina *interpretare* o *interpretari*. El Diccionario de la Lengua española, en el sentido que nos interesa recalcar, define la voz "interpretar" como: explicar o declarar el sentido de algo, principalmente de textos poco claros. Explicar, acertadamente o no, acciones, palabras o sucesos que pueden ser entendidos de varias formas.

Por su parte Ariel Álvarez Gardiol da la definición siguiente: "*La Interpretación es la técnica que conduce a la comprensión del sentido de la norma jurídica*"¹. Así, Guillermo Cabanellas de Torres afirma que: "*La Interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición*"².

En tanto, el ya clásico tratadista alemán Ludwig Enneccerus define la Interpretación de la norma jurídica escribiendo lo siguiente: "*Interpretar una norma jurídica es esclarecer su sentido y precisamente aquel sentido que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución judicial. Semejante esclarecimiento es también concebible respecto al derecho consuetudinario, deduciéndose su verdadero sentido de los actos de uso, de los testimonios y del "usus fori" reconocido y continuo. Pero el objeto principal de la Interpretación lo forman las leyes*"³.

b) La Naturaleza de la Interpretación. Objeto, propósito y finalidad de la Interpretación.

El objeto de una ciencia, materia o disciplina es aquello de lo que se ocupa o sobre lo que recae. Así, dado que la Interpretación se ocupa o recae sobre el Derecho, resulta obvio que es el Derecho el objeto de la Interpretación. El Derecho que es objeto de la interpretación, a su vez, puede provenir bien de una norma jurídica, de la costumbre o de los principios generales del Derecho; en cualquiera de estos casos la labor interpretativa estará presente, aunque en este trabajo nos ocuparemos sólo del primer caso.

El propósito u objetivo de la Interpretación, el fin inmediato, es desentrañar el sentido y significado del Derecho. Ludwig Enneccerus lo dice de la manera siguiente:

¹ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. *Manual de Filosofía del Derecho*. Editorial Astrea. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. 1979.

² CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. VIII Tomos. Editorial Heliasta. Vigésimo tercera edición. Buenos Aires, Argentina. 1994.

³ ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Casa Editorial Bosch. Barcelona, España. 1953. Pág. 197.

"El objetivo de la Interpretación es el esclarecimiento del sentido propio de una proposición jurídica"⁴.

El tema de la meta de la Interpretación ha enfrentado a los partidarios del intelectualismo y a los del voluntarismo. Los "intelectualistas" propugnan que la Interpretación es un acto de razonamiento, una operación lógico mental destinada a revelar el significado o sentido de la norma jurídica, Interpretación propiamente dicha.

Los "voluntaristas", en cambio, entienden que la Interpretación no se queda en lo que ésta palabra podría denotar, sino que dicha tarea llega a involucrar una labor mucho más acabada, mucho más compleja, una labor de creación en la que el juez podrá actuar con considerables parámetros de libertad.

Entre los "voluntaristas" destaca Hans Kelsen⁵, quien explica que la interpretación de la norma es un acto de creación de una norma individual, el cual es, a su vez, un acto de voluntad en la medida que se trata de llenar el marco establecido por la norma general.

c) Las tesis subjetiva y objetiva.

Sobre las posiciones del intelectualismo y del voluntarismo podrá haber sin duda una gran discrepancia, pero podemos advertir una confusión que se acentúa aún más cuando se tiene que determinar de dónde se obtiene el sentido o significado que se debe lograr a través de la Interpretación. Para contestar esta pregunta encontramos dos tendencias que dan respuestas diferentes: el Subjetivismo y el Objetivismo.

Los partidarios del Subjetivismo, que es la teoría más antigua, sostienen que para interpretar una norma debe tenerse como punto de referencia al legislador con el propósito de desentrañar de su mente lo que éste quiso decir. Entienden que lo que se manda en la ley es la voluntad del legislador, *mens legislatoris*, quien es su autor, y que la norma jurídica sólo es un medio o instrumento para expresar ese mandato; entonces el intérprete debe llegar a lo que el legislador quiso decir para interpretar correctamente la norma.

Los partidarios del Objetivismo, en cambio, son de la creencia de que sólo lo que aparece redactado en la ley es lo objetivamente dispuesto como mandato, que una vez publicada la ley, ésta se desprende de sus autores y adquiere vida y espíritu propios, en consecuencia es la voluntad de la ley, *mens legis*, lo que debe descubrirse, porque en ella está lo objetivamente querido.

Es evidente, como bien manifiesta Ángel Latorre Segura, que la norma no puede tener voluntad y por ello, cuando, de acuerdo con el Objetivismo, se habla de "*voluntad de la ley*", está sumamente claro que esta referencia se hace únicamente en sentido metafórico⁶.

d) Clases de Interpretación. Las Fuentes de Interpretación.

⁴ Ibídem.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Decimotava Edición. Buenos Aires, Argentina. 1982.

⁶ LATORRE SEGURA, Ángel: *Introducción al Derecho*. Editorial Ariel. Séptima Edición. Barcelona, España. Septiembre de 1976. Pág. 93.

Siendo la Interpretación una actividad humana, ésta proviene de la persona, el sujeto o autor que la realiza, es decir, el intérprete. Desde tal punto de vista la Interpretación puede ser doctrinal o científica, judicial o jurisprudencial y auténtica o legislativa.

- La Interpretación Doctrinal: Es, como su nombre claramente indica, la interpretación practicada por los doctrinarios, por los teóricos, por los juristas o juriconsultos, por los tratadistas, por los estudiosos del derecho, y en general por quienes se dedican a la ciencia del derecho; de ahí que también se le conozca como "científica". La Interpretación Doctrinal se caracteriza por no ser obligatoria, sin embargo, por su carácter científico y por la autoridad de quienes la practican, es la que termina siendo predilecta. Ludwig Enneccerus, refiriéndose a la Interpretación Doctrinal o científica, afirma que ésta con frecuencia se divide en gramatical y lógica, "*según que derive sus argumentos del lenguaje, es decir, de las leyes de la gramática y del uso del lenguaje, o de su relación con otras leyes, del mayor valor de uno u otro resultado.*"⁷
- La Interpretación Judicial: Es la practicada por los jueces y tribunales para emitir sus decisiones en las cuales esta Interpretación queda plasmada. En la medida que provenga de instancias más elevadas, la Interpretación Judicial, sentada en los precedentes, tenderá a influenciar con mayor autoridad y frecuencia. En los países en los que existe el Recurso de Casación la Interpretación Judicial resulta obligatoria para los órganos jurisdiccionales de instancias inferiores si se emite en los términos y condiciones legalmente exigidos.
- La Interpretación Auténtica: Es la realizada por el propio autor de la norma; se dice también que es la efectuada por el legislador o, mejor dicho, por el poder legislativo, en el entendimiento de que éste es el autor de la norma y de allí que a esta Interpretación se le denomine también "Interpretación Legislativa".

Pero lo importante para saber que estamos ante una Interpretación Auténtica es comprender que tal interpretación ha sido hecha por el propio autor de la norma, tanto así que incluso se ha denominado Interpretación auténtica a la interpretación realizada por el propio juez o tribunal con el propósito de dar luces sobre el significado verdadero de sus propias sentencias o resoluciones. Igualmente se ha considerado interpretación auténtica a la que realizan las partes contratantes respecto del contrato que celebraron, a la efectuada por el funcionario público respecto del acto administrativo o norma que emitió, etc.

e) Los alcances de la Interpretación.

La Interpretación por su alcance o extensión puede clasificarse como: Interpretación Declarativa e Interpretación Modificativa. Esta última, a su vez, puede ser Extensiva y Restrictiva.

- La Interpretación Declarativa, también conocida como Interpretación Estricta, se presenta cuando al interpretar el operador jurídico se ciñe a lo que

⁷ ENNECCERUS, Ludwig. Op. Cit.

dice la norma, limitándose a aplicarla a los supuestos estrictamente comprendidos en ella.

El mexicano José Luis Hernández Ramírez menciona que la Interpretación Declarativa "*se refería a los casos en que supuestamente se creía que las palabras reproducían fielmente el pensamiento de la regla*"⁸

Como bien explica Mario Alzamora Valdez⁹, la interpretación declarativa es la de más corriente uso y su objeto es el de explicar el texto de la ley. Continúa diciendo que este procedimiento se emplea cuando las palabras son imprecisas u oscuras y se busca desentrañar a través de ellas la mente de la ley y la del legislador.

- La Interpretación Modificativa es la que enrumba el alcance de la norma cuando, en relación a lo que pretendía el legislador, ésta ha sido expresada con excesiva estrechez, en cuyo caso deberá efectuarse una interpretación extensiva, o con excesiva amplitud, en cuyo caso deberá efectuarse una interpretación restrictiva.
- La Interpretación Extensiva hace que el operador jurídico o intérprete extienda el alcance de la norma a supuestos no comprendidos expresamente en ella, por considerar que habría sido voluntad del legislador comprender en la norma a aplicar tales supuestos.

f) Los métodos de interpretación.

Con el propósito de alcanzar la significación y el mensaje de las normas, diversos métodos han sido propuestos y desarrollados. Entre éstos tenemos: el Gramatical, el Lógico, el Sistemático y el Histórico. Se puede considerar entre éstos también al método Teleológico que muchos autores consideran dentro del método Lógico.

La Escuela de la Exégesis tenía un procedimiento de interpretación que durante su apogeo llegó a combinar los métodos Literal, Lógico, Sistemático e Histórico (también lo hizo el método propuesto por la Escuela Histórica), mostrando claramente que los métodos no se aplican aisladamente por sí solos, sino que se combinan en la tarea por alcanzar la misión de develar el contenido más exacto posible de la norma.

- El método Gramatical, también conocido como Literal, es el más antiguo y exclusivo de las épocas anteriores a la Revolución Francesa. En aquella época existía desconfianza en el trabajo de los jueces, razón por la cual éstos se encontraban obligados a ceñirse al sentido literal de la ley. Consiste este método en deducir de las palabras mismas, de su lugar en la frase y de la sintaxis, de la misma puntuación, el sentido exacto del artículo de que se trata.

⁸ HERNÁNDEZ RAMÍREZ, José Luis. *Análisis de la fórmula: "interpretación jurídica" del párrafo cuarto del artículo 14 constitucional*. División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara. Marzo, 1995.

⁹ ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Tipografía Sesator. Octava Edición. Lima, Perú. 1982.

Alberto Trabucchi¹⁰ escribe que la Interpretación Literal se realiza de conformidad con el uso de las palabras y con la conexión de éstas entre sí. Critica este método de Interpretación por cuanto considera que también el que actúa en fraude de la ley observa su sentido literal, además porque la obstrucción legal no es en el fondo más que la aplicación totalmente literal de las normas jurídicas.

- El método Lógico es aquél que utiliza los razonamientos de la lógica para alcanzar el verdadero significado de la norma. Para Mario Alzamora Valdez¹¹, este método consiste en la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes.

En la utilización del Método Lógico se habla de la existencia de una serie de reglas como: el argumento *a maiore ad minus*, el que puede lo más puede lo menos; *a minore ad maius*, quien no puede lo menos tampoco puede lo más; *a contrario*, la inclusión de un caso supone la exclusión de los demás; *a pari ratione*, la inclusión de un caso supone también la de un caso similar.

- El método Sistemático introduce la idea de que una norma no es un mandato aislado, sino que responde al sistema jurídico normativo orientado hacia un determinado rumbo en el que, conjuntamente con otras normas, se encuentra vigente. Por tanto, siendo parte de este sistema, y no pudiendo desafinar ni rehuir del mismo, el significado y sentido de la norma jurídica podrá ser obtenido de los principios que inspiran ese sistema: principios, significado y sentido que incluso pueden ser advertidos con mayor nitidez del contenido de otras normas del sistema.

Siempre destacando por la claridad de su redacción, Mario A. Oderigo, refiriéndose a este método, precisa que "... si el autor de la norma no se ha limitado a ésta, sino que ha formado un conjunto de normas, el intérprete supone que aquél ha querido introducir un sistema dentro del cual esa norma no desentone; y por consiguiente, si la norma en cuestión no es clara en su enunciado, no se correrá ningún peligro desentrañando su sentido a la luz de los principios inspiradores del sistema que la contenga"¹².

Respecto al método Sistemático, Alberto Trabucchi sostiene que en un cierto sentido el ordenamiento jurídico se compara a un complejo organismo viviente y coordinado en sus elementos; es un todo orgánico, un sistema completo y complejo que no admite contradicciones. Explica que así, una norma jurídica que en sí misma tiene un significado, puede adquirir un sentido distinto cuando se pone en relación con las demás normas que constituyen el derecho vigente¹³.

- El método Histórico interpreta la norma recurriendo a sus antecedentes, como las ideas de sus autores al concebir o elaborar los proyectos, los motivos que propiciaron la redacción y emisión de la ley, informes, debates, etc. Mario Alzamora Valdez, quien identifica el método Histórico con el de la exégesis, seguramente por tener ambos algunos rasgos de similitud, afirma que este

¹⁰ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. 2 tomos. Editorial Revista de Derecho Privado. Primera Edición. Madrid, España. 1967.

¹¹ ALZAMORA VALDEZ, Mario. Op. Cit.

¹² ODERIGO, Mario A. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Ideas, 1952.

¹³ TRABUCCHI, Alberto. Op. Cit.

método es aquél que tiene por objeto el estado del Derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada: determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por su parte, Claude Du Pasquier¹⁴ explica que este método consiste en investigar el estado de espíritu en que se encontraban los autores de la ley, los motivos que los han llevado a legislar y cómo se han representado la futura aplicación de los textos elaborados.

A este efecto, se examinan los primeros proyectos de la ley que se trata y se les compara con el texto definitivo para saber en qué sentido el poder legislativo ha precisado o transformado su pensamiento. Son así estudiados las exposiciones de motivos, los mensajes del poder ejecutivo, las cartas e informes de las comisiones encargadas, debates plenarios y todo aquello que ha precedido a la aplicación de la ley.

- El método Teleológico es el que pretende llegar a la interpretación de la norma a través del fin de la misma, buscando en su espíritu, que es la finalidad por la cual la norma fue incorporada al ordenamiento jurídico.

Algunos autores entienden que la finalidad de la norma está en su *ratio legis*, es decir, en su razón de ser. Tal es el caso, por ejemplo de Claude du Pasquier quien afirma que "*...según el punto de vista en que uno se coloque, la ratio legis puede ser considerada como el fin realmente querido por el legislador en la época de elaboración de la ley...*"¹⁵.

Para Raúl Peña Cabrera¹⁶, quien, comentando la Interpretación Teleológica, dice que si la ley es clara, basta con la interpretación gramatical, sin embargo, puede ocurrir que la ley sea un tanto oscura, en tal caso es conveniente apuntar a la intención de la norma, es decir, considerar la *ratio legis*. La captación del espíritu de la ley implica el empleo de procedimientos lógicos y valorativos.

- El método Empírico es atribuido a la Escuela de la Exégesis en sus inicios, el cual consistía en investigar empíricamente la voluntad del legislador; es decir las palabras de la ley y la intención del legislador como hechos; el recurso a obtener todo lo concerniente a la ley como dato empírico.

El profesor Ariel Álvarez Gardiol precisa respecto a este método lo siguiente:

"El método empírico postulado por la Exégesis es un recomponer los hechos efectivamente pensados por los legisladores, es un 'repensar' algo ya pensado, según la fórmula de August Boeckh. Esta reconstrucción del pensamiento del legislador está temporalmente situada, es concreta y finita, a diferencia de la voluntad de la ley, que es por cierto intemporal. Esto último perseguía indudablemente consolidar una absoluta ruptura con el pasado, que

¹⁴ PASQUIER, Claude du. *Introducción al estudio del Derecho*. Lima. Ediciones Justo Valenzuela. 1983.

¹⁵ PASQUIER, Claude du. Op. Cit.

¹⁶ PEÑA CABRERA, RAUL. *Estudios críticos de Derecho Penal y Política Criminal*. Lima. Ideas Solución Editorial. Lima, 2013.

*permitía llegar en el examen de la ley no más allá de la voluntad psicológica del legislador*¹⁷.

g) Las doctrinas de la Interpretación.

Existe una gama bastante variada de doctrinas o teorías sobre la Interpretación jurídica, pero entre las más conocidas y vinculadas o referidas a los sistemas normativos, bien para aplicarlos o para dejar de aplicarlos, tenemos las siguientes:

- Teoría de la Exégesis: La Escuela de la Exégesis se basa en que la Interpretación jurídica debe necesariamente consistir en la consulta de la ley como fuente única y exclusiva del Derecho. Los exégetas sostienen que el Derecho es la ley.

La interpretación de las leyes, la averiguación de la voluntad real del legislador y toda interpretación que no sea tal debe ser rechazada. Se ha afirmado reiteradamente que mediante la Exégesis se procede a la interpretación del Derecho a partir de un texto legal.

Ariel Álvarez Gardiol, comentando sobre la Exégesis, refiere que el texto de la ley es sólo la reproducción histórica normativa de la voluntad del legislador y lo que el jurisconsulto debe aplicar no es meramente el texto, sino éste en cuanto traducción de la intención de un legislador efectivo¹⁸.

- Teoría Dogmática: No es reconocida por muchos autores que la tratan como una parte de la Teoría Exegética en la que predomina el racionalismo jurídico. La Dogmática, si es que no fue una corriente de pensamiento independiente, es como la etapa de apogeo de la Exégesis que adquirió relevancia a partir de la segunda mitad del siglo XIX y que se caracterizó por su gran influencia racionalista.

Se ha sostenido así que mientras los antiguos exégetas recurrieron a la investigación mediante un método empírico, es decir, la recolección de datos empíricos para determinar las palabras de la ley y la voluntad del legislador como hechos. La Exégesis ya desarrollada rechazó esta tendencia y propuso entender la ley no empíricamente sino objetiva y sobretodo lógicamente, es decir como razón.

Se ha dicho así que mientras la Exégesis persigue encontrar la interpretación correcta a través de la búsqueda de la voluntad del legislador, la Dogmática persigue encontrar lo mismo en el propio texto de la ley.

- Teoría de la Evolución Histórica: El método de Evolución Histórica, sustentado por Raymond Saleilles en su *Introduction à l'étude du droit civil allemand*¹⁹, considera que la Interpretación, en vez de buscar la voluntad subjetiva del legislador, debe perseguir el mejor modo de aplicación de la ley conforme a su fin.

¹⁷ ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. Op. Cit.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ SALEILLES, Raymond. *Introduction à l'étude du droit civil allemand, à propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère*. Paris. Pichon, 1904.

La finalidad de la ley, o sea el propósito que ésta se halla llamada a cumplir, debe adaptarse a las necesidades sociales sujetas a continuo cambio, mediante progresivas modificaciones de la Interpretación misma. Este método exige que se dote a los jueces de amplias facultades y que a la vez se les señale ciertas bases objetivas. Entre estas últimas, merecen considerarse: la analogía, la conciencia jurídica colectiva, que está sobre las apreciaciones subjetivas, y el derecho comparado que señala pautas para la evolución del derecho nacional.

Partiendo de que toda ley tiene una finalidad, esta teoría intenta sostener que es a través de ésta que la ley puede correr paralelamente al continuo cambio del tiempo, adaptándose así a la nueva realidad social y, por tanto, a las nuevas necesidades sociales.

- Teoría de la Libre Investigación Científica: Francois Geny²⁰ es quien, en medio de una fuerte y despiadada crítica contra la Exégesis, elabora la Teoría de la Libre Investigación Científica, también llamada simplemente Científica.

No niega que la Interpretación debe buscar siempre primero la voluntad del legislador, pero, en caso de lagunas en la legislación, el intérprete debe valerse de otras fuentes, como la costumbre e incluso en la naturaleza de las cosas, mediante lo que él denomina la Libre Investigación Científica.

Con el propósito de captar la voluntad del legislador, según esta teoría, el intérprete debe recurrir en el orden siguiente:

- a. El método Gramatical, con el fin de aclarar los textos;
- b. Deberá después apelar a la lógica, para buscar el sentido de la ley relacionándola con otras normas dentro de un sistema;
- c. Si estos métodos son insuficientes, estudiará los trabajos preparatorios de la ley, informes parlamentarios, notas de los codificadores o autores a la ley subrogada;
- d. Siguen a los citados procedimientos, la investigación de otras fuentes formales, la costumbre, la autoridad y la tradición; y
- e. A falta de todo apoyo formal, para llenar las lagunas, queda el mérito de la "Libre Investigación Científica".

Se denomina así, libre, porque se encuentra sustraída a toda autoridad positiva y científica porque se apoya en bases objetivas reveladas por la ciencia.

Werner Goldschmidt²¹ entiende que la más importante aportación de Geny al tema de la Interpretación es su distinción entre Interpretación en sentido estricto e Integración. Por eso recalca que Geny sostuvo que si bien la Interpretación de una norma debe inspirarse en la voluntad de su autor, si no hallamos norma alguna, entonces se procederá a la Integración y a la creación de una nueva norma que ha de ser justa.

- Teoría del Derecho libre: Tal como su denominación lo sugiere, esta teoría propugna la total libertad del juez en la interpretación del Derecho que deberá

²⁰ GENY, Francois. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada. Comares, 2000. Pág. 248 y ss.

²¹ GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción Filosófica al Derecho*. Editorial Depalma. Sexta Edición. Buenos Aires, Argentina. 1983.

aplicar, a tal punto de poder hacer a un lado el Derecho contenido en la norma jurídica. Es decir, según esta teoría, los jueces son independientes de las leyes y sus decisiones no deben obligatoriamente estar sujetas a éstas.

El propósito que conlleva el proponer a favor de los jueces estas atribuciones de total libertad e independencia respecto de la ley está dado por el anhelo de llegar a la Justicia que muchas veces se pierde o distorsiona en los mandatos normativos provenientes del derecho positivo.

Esta teoría surge en medio de una gran protesta contra los excesos de la abstracción jurídica, mal que se agravó después de la entrada en vigencia del Código Civil alemán de 1900. Aparece entonces, en 1906, la obra *La Lucha por el Derecho*, escrita por Hermann Kantorowicz bajo el seudónimo de Gnaeus Flavius²².

- Teoría Pura del Derecho: Hans Kelsen trata el tema de la Interpretación en el Capítulo X de su obra *Teoría Pura del Derecho*²³. Para Kelsen la Interpretación es una operación del espíritu que acompaña al proceso de creación del derecho al pasar de la norma superior a una inferior.

Según Kelsen no sólo se interpreta cuando el juez va a aplicar la ley, emitiendo así la norma individual referida al caso concreto que viene a ser su sentencia, sino también cuando el Poder legislativo legisla, para lo cual tiene que aplicar la Constitución y para cuyo efecto no puede dejar de interpretar la Carta Magna. Sostiene que hay también una interpretación de normas individuales: sentencias judiciales, órdenes administrativas, actos jurídicos, etc.

En síntesis, toda norma es interpretada en la medida en que se descende un grado en la jerarquía del orden jurídico para su aplicación. Kelsen acepta que toda norma, aunque sólo parcialmente, determina el acto jurídico por el cual es aplicada. En la medida en que no lo determina, la norma superior es un marco abierto a varias posibilidades y todo acto de aplicación será conforme a la norma si no se sale de este marco.

h. La Interpretación Constitucional.

- Origen de la Interpretación Constitucional:

Allí donde una norma ha sido prevista para ser aplicada, necesariamente habrá interpretación. De ahí que habiéndose inspirado nuestro Derecho Constitucional en la doctrina española, para la cual la Constitución es Derecho, es norma jurídica que debe ser aplicada; entonces debemos concluir que existe obviamente, una Interpretación Constitucional.

Bien relaciona en el tiempo César Landa²⁴ el desarrollo de los Derechos Fundamentales con la Interpretación, pero no debemos pasar por alto que ello se debió a que tal desarrollo se plasmó en normas jurídicas, en la incorporación de derechos

²² KANTOROWICZ, Hermann. *La Lucha por el Derecho*. Editorial Losada. Buenos Aires. 1949.

²³ KELSEN, Hans. Op. Cit.

²⁴ LANDA ARROYO, César. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra. Lima, 2010.

constitucionales subjetivos que quedaban sujetos a aplicación por los órganos encargados de administrar justicia constitucional.

- El Método de Interpretación Constitucional:

Del Art. 172 de la Constitución se establece que los jueces preferirán la aplicación de la norma constitucional frente a cualquier otra norma en caso de incompatibilidad. El método de Interpretación Constitucional presupone, entonces, que toda Interpretación implementada conforme a los criterios y teorías ya desarrollados, se somete a lo establecido en la Constitución, es decir, deberá siempre preferirse la Interpretación que sea conforme o más conforme a la Constitución.

Así, si por su alcance, ya sea por ser restrictiva o extensiva, o por su fuente o por su método, se llega a una interpretación que termine transgrediendo alguna norma del texto Constitucional, no quedará más remedio que recurrir a la Interpretación que en cada caso quede como alternativa, siempre, claro está, que la elegida se someta a lo previsto en la Constitución.

Víctor García Toma²⁵ señala que desde el punto de vista doctrinario es posible establecer cuatro tipos de Interpretación Constitucional, que son:

a. Interpretación de la Constitución: Es la que consiste en asignar un sentido a la Constitución a fin de ayudar a su correcta aplicación en la realidad.

b. Interpretación desde la Constitución: Consiste en que obtenida una respuesta hermenéutica "desde la Constitución", se descende a la legislación infra Constitucional a fin de que esta última guarde coherencia y armonía con las normas del texto Constitucional.

c. Interpretación Abstracta y Conceptual genérica: Es aquella que parte de comprender teóricamente el texto constitucional, sin necesidad de ligarlo a una contingencia real en la vida política. Su utilización se lleva a cabo con un mero fin especulativo de conocimiento.

d. Interpretación Específica y Concreta: Es aquella que consiste en comprender su aplicabilidad en una situación o contingencia real, emanada de la vida política. Su utilización se lleva a cabo con un fin práctico de aplicación de las normas.

- Los Principios de Interpretación constitucional:

Estos Principios que, entre otros autores cita Aníbal Torres Vásquez²⁶, comúnmente son aceptados como los siguientes:

a. Principio de unidad de la Constitución: Por este principio, la Constitución se interpreta como un todo, sin considerar sus disposiciones como normas aisladas.

b. Principio de la Coherencia: Principio por el cual no deberían tener cabida las contradicciones entre las normas

²⁵ GARCIA TOMA, Víctor. *Teoría del estado y derecho constitucional*. Editorial Adrus, S.R.L. Lima, 2010. Págs. 361-366.

²⁶ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Introducción al Derecho*. IDEMSA. Lima, 2007. 985 págs.

Constitucionales. Postula la concordancia entre las distintas normas Constitucionales que protejan diferentes bienes jurídicos.

c. Principio de la Funcionalidad: Por el que se busca el respeto a las competencias de los distintos órganos, conforme al diseño preestablecido por la Constitución. Así, ningún órgano estatal invadirá el ámbito competencial de otro, lográndose de esta manera un trabajo coordinado y en armonía.

d. Principio de la Eficacia: La Interpretación debe estar orientada a que se optimice la eficacia de las normas constitucionales, persiguiéndose así que sus fines se realicen con la mayor eficacia posible.

e. Principio *in dubio pro libertate* o *in dubio pro homine*: Por este principio, en caso de duda se dilucidará a favor de la libertad del ser humano, como garantía de la efectiva vigencia de los Derechos Fundamentales.

f. Principio de duración de la Constitución: Esta interpretación persigue como objetivo esencial una Carta que tenga duración como texto normativo y como programa político.

g. Principio de respeto al Régimen Político consagrado en la Constitución: Implica que cada régimen político significa una especial concepción de la sociedad y el Estado. La interpretación constitucional tenderá así a afianzar el Régimen Político adoptado por la sociedad a través de la propia Constitución.

3.2. Métodos de integración del derecho

Para los investigadores Fernández Galiano y Castro, el Derecho es una realidad cultural e histórica creada por el hombre en el proceso de su auto-realización social con el objetivo de utilizarlo en la solución de problemas y necesidades que la vida colectiva le plantea²⁷. Empero, para el legislador es casi imposible prever todas las situaciones que merecen ser tuteladas jurídicamente o dotar de una estricta perfección lo que ya ha regulado.

En la práctica cotidiana, y principalmente en la labor jurisdiccional, brotan de forma reiterada inconvenientes en la aplicación de la ley, siendo los vacíos legales los motivos más usuales. De ahí surge lo que pudiésemos llamar el problema de las lagunas en la ley y su posible solución a través de la integración del Derecho, pues el operador jurídico está en la obligación de resolver los conflictos que ante él se presenten.

Es una situación de vacío en la ley que ha sufrido la patología jurídica de omitir en su texto la regulación concreta de una determinada situación, parte o negocio, que no encuentra respuesta legal específica. Se obliga a quienes aplican dicha ley, jueces, abogados, fiscales, secretarios judiciales, etc., al empleo de técnicas sustitutivas del vacío, con las cuales obtener respuesta eficaz a la expresada tara legal.

²⁷ FERNÁNDEZ GALIANO, Antonio y CASTRO, Benito de. *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*. Universitas. Madrid, 1993. Pág. 167.

Existe una laguna cuando un determinado caso concreto no puede subsumirse en los géneros normativos legales del sistema. Son los vacíos legales, es decir, son los temas no regulados por el ordenamiento jurídico, con la característica que debieran ser regulados por las normas del Derecho positivo.

Las lagunas de la ley no deben confundirse con las lagunas del derecho, porque las lagunas de la ley son los supuestos no regulados por la ley, pero que pueden ser regulados por otras fuentes del derecho como la jurisprudencia o la doctrina, mientras que los vacíos del Derecho son los supuestos no regulados por la ley y por otras fuentes del Derecho.

Geny establece la distinción entre labor interpretativa y la obra integradora de la ley. Consiste en suplir el silencio de las normas con acciones no contempladas en el ordenamiento jurídico protagonizados por los actores del Derecho²⁸.

La interpretación por parte del jurista se convierte en un precepto jurídico que se integra en el cuerpo jurisprudencial. Buscando una solución justa recurriendo a la analogía o a los principios generales del Derecho.

La ley, y por ende el legislador, no puede prever todos los casos posibles que presentan todos los aspectos de las relaciones humanas y que deben ser integrados jurídicamente²⁹, mediante la elaboración de otros preceptos no contenidos en las disposiciones promulgadas en el acto legislativo. Crear una norma no es lo mismo que integrar el Derecho, lo primero es responsabilidad del órgano legislativo y lo segundo es menester de los juristas, donde el juez es uno de los principales en esta ardua labor³⁰.

En efecto, los jueces poseen un determinado poder discrecional, pero eso no significa que puedan crear normas, su labor radica en interpretar y aplicarlas. Sin embargo, no debe creerse que la aplicación sea obra exclusiva de un juez, aunque tengan la última y definitiva palabra, pues en realidad, en la mayoría de los casos la aplicación del Derecho se produce de manera espontánea, tanto por un particular, como por un funcionario público que procede de acuerdo con lo que la normativa específica le ordena.

La Escuela del Derecho Libre o de la Libre Jurisprudencia propugnó el método que pudiera llamarse Discrecional, al atribuir al juez facultades amplias para llenar los vacíos del Derecho, y que implicaba, a juicio de algunos autores, una mera actividad declarativa, mientras que para otros significaba una verdadera actividad creadora³¹.

Así hablamos de una plenitud del Ordenamiento Jurídico, en la actualidad, cuando a pesar de los vacíos que puedan surgir en la ley este logra regular todos los hechos mediante mecanismo de Integración Jurídica.

Existen varios tipos de lagunas:

²⁸ GENY, Francois. *Op. Cit.* Pág. 192 y ss.

²⁹ GALINDO GARFIAS, Ignacio. *Interpretación e integración de la ley*. Colección Lecturas Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, 38. UNAM. México, 2006. Págs. 75 y ss.

³⁰ "... una de las funciones decisivas del juez es precisamente la de subsanar omisiones, como consecuencia directa del hecho de que hay siempre lagunas que llenar". MIRAUT MARTÍN, Laura. *La teoría de la decisión jurídica en Benjamín Nathan Cardozo*. Dykinson. Madrid, 1999. Pág. 180.

³¹ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951. Tomo I. Pág. 369.

a. Lagunas lógicas: son aquellas en las que, en un caso concreto, ninguna norma jurídica del sistema establece la conducta debida. Tales lagunas no existen en virtud del llamado Principio de Clausura, que funciona como una regla general según la cual todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido. Partiendo de esta afirmación, el derecho vigente es siempre aplicable, puesto que cuando una conducta no está prevista por alguna norma del ordenamiento jurídico, no significa que carezca de calificación jurídica y que, por lo tanto, exista una laguna, sino que debe considerarse como una conducta permitida por no haber sido expresamente prohibida.

b. Lagunas técnicas: son aquellas que surgen cuando el legislador ha omitido regular un aspecto en la ley que se estima indispensable para su aplicación técnica. Tales situaciones no son lagunas, sino que se dan por cierta indeterminación que resulta del hecho de ser la norma un marco de posibilidades entre las que puede realizarse la aplicación.

c. Lagunas axiológicas: son aquellas en las que, no obstante existir una norma jurídica que regule el caso, el juzgador considera que la decisión lógica, que se inclina por pensar que el legislador, al hacer la previsión general, no ha comprendido ese caso concreto, puesto que de haberlo tenido en cuenta hubiera adoptado una decisión diferente de la que resulta de la aplicación del derecho según la fórmula legal existente.

d. Lagunas subjetivas: son aquellas que se originan por un motivo imputable al legislador y, a su vez, pueden distinguirse en:

– Voluntarias: cuando el mismo autor de la ley deja deliberadamente sin contemplar un aspecto de la materia regulada, por su complejidad, no admite una regulación demasiado minuciosa y exhaustiva; deja dichos aspectos librados a la determinación por medio de la interpretación que oportunamente haga el órgano aplicador en función de un caso concreto;

– Involuntarias: cuando la falta de regulación es producto de una inadvertencia del legislador, porque creyó regularla y no lo hizo, porque considera como poco frecuente, etc.

– Objetivas: son aquellas que el legislador no pudo prever ni lo hubiera podido hacer porque son originales posteriormente a la elaboración legislativa en virtud del desarrollo y evolución de las relaciones sociales, las nuevas investigaciones y toda otra causa que provoque la obsolescencia de los textos legales, ajenas a la voluntad del legislador.

Los procedimientos de integración y de interpretación de la ley son diversos. La interpretación supone la existencia de un precepto jurídico, por medio de la integración se trata de elaborar dicho precepto.

- La Autointegración y Heterointegración del Derecho como mecanismos de integración

La presencia de lagunas jurídicas en el Derecho es tan obvia que tanto la doctrina como los ordenamientos positivos se han preocupado de establecer reglas que permitan a la actividad jurisdiccional de los tribunales superar eficazmente tales carencias normativas. Así, han llegado a consolidarse estrategias o métodos que pueden sistematizarse en torno a estos dos métodos: la Autointegración y la Heterointegración.

En la Autointegración el sistema acude a sus propias soluciones. Las vías o manifestaciones más habituales reconocidas generalmente de forma explícita por la mayoría de los ordenamientos, son la analogía y los llamados principios generales del Derecho.

Por otro lado, los procedimientos de Heterointegración son aquellos que pretenden salvar las lagunas acudiendo a recursos externos al ordenamiento jurídico que constituyen fórmulas que se encuentran fuera de la ley. En este caso, el sistema jurídico recurre a otro sistema diferente para llevar a cabo la labor de complemento³². Este es un procedimiento propio de los sistemas jurídicos poco desarrollados, que presuponen otro mejor y más perfecto al que recurrir, es a lo que se ha llamado derechos supletorios que fueron usados con frecuencia en la etapa de la codificación. En las relaciones entre estos, se producen también formas de Heterointegración por remisión de unos cuerpos legales a otros.

En la actualidad la Heterointegración no se admite y se entiende que el sistema debe Autointegrarse. Estos procedimientos no son completamente coherentes entre sí y se presentan en ocasiones con cierta contradicción porque proceden de tradiciones históricas distintas y de diferentes concepciones en punto a la filosofía del Derecho.

La Heterointegración acude a fuentes externas como pueden ser la costumbre o la jurisprudencia, o a valores como la equidad que reviste gran importancia porque sirve para descubrir y aplicar, en defecto de ley, la analogía y los principios jurídicos generales del Derecho. Aunque no debe ser obviada de manera general, sí se debe establecer un orden de relación entre ella y la Autointegración, siendo esta última la primera que se debe tener en cuenta.

- La Analogía como método de Autointegración

Desde el Derecho Romano parece admitirse o haberse utilizado un criterio analógico. La glosa da la fórmula general de la Analogía e incluye la Analogía entre los procedimientos admitidos de interpretar las leyes. Su importancia aumenta con los glosadores³³, que la empleaban para acudir al príncipe a fin de pedirle que decidiera una cuestión legalmente no prevista.

En el Renacimiento, la Analogía se utiliza para la Interpretación, y como último recurso al que acudir en caso de tener que escoger entre dos disposiciones contradictorias.

El papel de la Analogía cambia con el predominio de los pandectistas alemanes, pues la escuela histórica piensa que ella hace nacer una nueva regla jurídica en virtud de la unidad orgánica del Derecho, y que es uno de los modos de creación jurídica en que se manifiesta el Derecho de los juristas, aunque se sigue utilizando como medio para lograr la pretendida perfección del ordenamiento positivo.

La Analogía constituye un procedimiento lógico que trata de inducir, de otras soluciones particulares consagradas por el Derecho, el principio íntimo que las explica

³² FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. *Teoría del Estado y del Derecho*. Editorial Félix Varela. La Habana, 2005. Pág. 222

³³ CASTRO y BRAVO, Federico de. *Derecho Civil de España. Parte General*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955. Tomo I. Págs. 533 y 534.

para someter un caso semejante a la misma solución por vía deductiva. Es el método más usado por los ordenamientos jurídicos en la actualidad. A través de él se puede aplicar una norma jurídica a un caso no previsto por el legislador, porque la hipótesis de esta tiene relación con la situación presentada.

El procedimiento analógico consiste en generalizar las normas particulares existentes y aplicar el principio así obtenido a otros casos no previstos pero sí similares. Para ello compara dos situaciones jurídicas y aplica, a la no legislada, las soluciones dadas para las que tienen caracteres semejantes. La utilización de este procedimiento obliga a confrontar dos situaciones jurídicas a las que se trata de dar soluciones idénticas, pues si difieren en su esencia no podrá aplicarse el método Analógico.

La Analogía es un procedimiento de superación de las lagunas jurídicas que consiste en la resolución de casos no directamente regulados mediante la aplicación de normas del propio ordenamiento que regulan otros casos semejantes. En su utilización el juez tiene la responsabilidad de valorar, en aras de encontrar la mayor similitud posible entre los dos casos, el recogido en la ley y el no refrendado. Cuando se utilice la Analogía hay que actuar con diligencia porque podemos poner en riesgo la seguridad jurídica.

Asimismo, la Analogía consiste en atribuir a situaciones parcialmente idénticas, donde una ha sido prevista legalmente y la otra no, las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto. Se trata de la "*creación o formulación analógica de una norma nueva, cuya disposición es idéntica a la de aquel precepto, pero cuyos supuestos solo son semejantes*"³⁴.

Fernández Bulté³⁵ la clasifica en *analogía legis*, conocida como aplicación de normas legales a casos semejantes, y en *analogía inris*, identificada como la búsqueda de soluciones que se encuentran en los principios generales del Derecho, específicamente en aquel o aquellos que regulen o se refieran, de manera más parecida, a la situación de hecho que ha sido presentada.

El significado teórico y la importancia práctica del método Analógico quedan cifrados en el hecho de ser un importante medio integrativo, a partir del cual el Derecho crece, alimentándose de su propia sustancia mediante su desarrollo lógico o dialéctico. Pero evidentemente no es el único, los principios generales también constituyen un método eficiente a la hora de integrar el Derecho.

- Los principios generales del Derecho

El concepto *principio* proviene del latín *principium*, que significa: comienzo, fuente, fundamento. Según el Diccionario de la Lengua Española, el término *principio* significa, entre otras acepciones: "*punto que se considera como primero en una extensión o cosa*", "*base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discuriendo en cualquier materia*", "*causa, origen de algo*", "*cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes*".

³⁴ FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio. Op. Cit. Pág. 224.

³⁵ *Ibidem*.

Los principios generales del Derecho tuvieron su origen en Roma, solo que no se les conocía con ese nombre, no había una conciencia de que se tratara de ellos, ni existe una alusión específica a ellos con ese nombre, pero es en la idea central de los mismos donde encontramos que sí existía su aplicación como se puede ver en la Ley número trece, párrafo siete, del título primero del Libro 27 del Digesto, donde se acepta que en ausencia de ley expresa podía resolverse según la *naturali iustitia*.

Es en Francia, y gracias a Napoleón, que los principios generales del Derecho retoman su importancia, pero no llegan a alcanzar fuerza de ley, sino solo reconocimiento de su utilidad. Fueron significativos en ese momento histórico. Napoleón prevé acertadamente la necesidad de dar al juez una opción para que se supla correctamente la carencia de las leyes, pero no solo fueron tomados en cuenta los "principios generales", como él los conocía, sino además se contaba con las máximas de Derecho Natural, con la equidad natural, con la ciencia, el Derecho Romano, el Derecho común, las antiguas costumbres y, finalmente, los principios generales.

A partir de entonces, debido a la repercusión que tuvo el Código Napoleónico en varios países, fueron recogidos por diversos cuerpos legales en el mundo, tal es el caso del Código Civil austríaco de 1811, inspirado en el Derecho Natural racionalista, donde por vez primera se recogieron, y poco después en el español de 1889.

Los principios generales del Derecho expresan la dirección general y los rasgos más esenciales de la regulación jurídica de un sistema de regulaciones sociales. Son ciertas reglas, postulados, fundamentos, y aquellas apoyaturas esenciales de un sistema jurídico determinado, los cuales son cambiantes, pues están en constante desarrollo y dependen de las condiciones históricas del territorio donde se desenvuelvan. No deben ser considerados como reglas en caso de que se utilice esta denominación como sinónimo de norma.

Los principios generales del Derecho son criterios o entes de razón que expresan un juicio deontológico acerca de la conducta humana que se debe seguir en cierta situación. Cada uno de ellos es un criterio que expresa el comportamiento que han de tener los hombres en sus relaciones de intercambio, no como seres sensibles, sino como seres que subsisten en la inteligencia que las concibe.

El intérprete o el operador del Derecho pueden utilizar más de un principio si lo estima oportuno para dar solución al conflicto. En esta tarea puede ocurrir que los principios se contrapongan en relación con la solución de una laguna, a esta contradicción de principios se le conoce como tensiones. La solución a estas tensiones entre principios no descarta la eficacia de uno de ellos, como sí sucede cuando se solucionan antinomias.

En estos casos, el intérprete debe actuar con cautela y realizar un juicio valorativo minucioso para emplear el que mejor garantice la seguridad jurídica, la legalidad y la justicia. En la valoración se debe explicar el porqué de la elección de determinado principio por encima de otro, dejando clara la imposibilidad de ser aplicado el que resultó menos justo.

3.3. Métodos de creación legislativa del derecho

El proceso de creación de Leyes no es muy distinto en cualquier punto de nuestro planeta. Debe tener en cuenta, primero, su uso o necesidad, después, su costumbre o pertinencia y luego, su creación.

El Estado debe regular los intereses de la colectividad para cumplir con su objetivo esencial: el bienestar común. Por eso, toda legislación es objeto de un análisis costo-beneficio, pues implica comprender la dimensión y los efectos a derivarse de su aplicación.

De ahí que, el Estado debe cumplir con la ley para brindar seguridad jurídica al gobernado. Ello implica una buena redacción de las normas, pues permite conocer atribuciones, derechos y obligaciones. Ello conlleva desarrollar los principios previstos en toda Constitución a través de las leyes y reglamentos.

Un proyecto de ley nuevo o que cambia una parte sustancial ha de tener en cuenta las dificultades y ventajas que representa para los particulares. El mayor riesgo no está en emitir malas leyes, sino en no saber qué se quiere cuando se elaboran. La sabiduría del legislador está en hacer una buena legislación acorde a los tiempos y circunstancias.

Las reglas de la técnica legislativa se observan en función de prioridades y oportunidades políticas³⁶. Se refiere a las directrices a considerar desde el inicio de la redacción de un proyecto legislativo; controlar el exceso normativo y evitar regulaciones gravosas para la administración pública y los ciudadanos. El fin es buscar la eficacia de las normas. Las consecuencias que se causan van en proporción entre los objetivos a alcanzar y los medios empleados. Es conveniente considerar aspectos de índole jurídicos y técnico-legislativos, como la corrección formal, la sistematización, el lenguaje y la planificación legislativa, dependiendo de la organización técnica y administrativa de los diversos órganos que intervienen en la elaboración de las leyes.

Existe todo un proceso para la creación de una Ley, denominado “proceso legislativo”, el cual corre a cargo normalmente de los asambleístas.

No obstante que mediante el principio de División de Poderes consagrado, le corresponde al Legislativo la creación de leyes, bajo ciertas circunstancias (extraordinarias), surge como es lógico un régimen de excepción, la Asamblea da facultades temporales al Ejecutivo para legislar, originándose la reunión de dos poderes en un solo individuo (Presidente).

El Proceso Legislativo, de conformidad con la Constitución Política de la República del Ecuador, pasa por las siguientes fases: iniciativa, debate, aprobación, sanción, promulgación, y publicación³⁷.

1. Iniciativa: Es la acción de proponer crear o reformar una ley, por medio de un proyecto de ley, orgánica u ordinaria, el que debe referirse a una sola materia y disponer de argumentos suficientes para ser tramitada, de lo contrario no se podrá dar trámite, prevista en el, Art. 134 de la Constitución.

³⁶ Véase VALADÉS, Diego. *El control del poder*. UNAM. México, 1998. Págs. 19 y ss.

³⁷ JARAMILLO ORDONEZ, Hernán. *La ciencia y técnica del Derecho*. Universidad Nacional de Loja. Loja, 2003. Págs. 164-166.

2. Debate: Las condiciones y trámites de esta etapa, corresponden únicamente al Congreso Nacional, que es el encargado de conocer, aprobar o negar los proyectos de ley, prevista en el Art. 137 de la Constitución.

3. Aprobación: El Congreso Nacional, en segundo debate, aprueba los proyectos de ley ordinaria por mayoría de asambleísta; las leyes orgánicas lo serán por mayoría absoluta, Arts. 137 y 138 de la Constitución.

4. Sanción: Una vez aprobado por el Congreso Nacional el proyecto de ley o ley orgánica, pasa a manos del legislador que es el Presidente de la República, para ser sancionado (aprobado) u objetado, de forma expresa o tácita, prevista en el, Art. 138 de la Constitución.

5. Promulgación: Una vez sancionado, el Presidente de la República decreta la ejecución y publicación de la ley, Art. 138 de la Constitución.

6. Publicación: Es la publicación solemne de una ley para que llegue a noticia de todos, es decir una ley no es obligatoria sino cuando ya se publica en el Registro Oficial, órgano encargado de la publicación y difusión de las nuevas leyes, solamente después de esto será de carácter obligatorio y nadie podrá excusar desconocimiento para no cumplirla.

Unidad 4: Técnicas utilizadas en la investigación

Las técnicas son el conjunto de instrumentos y medios a través de los cuales se efectúa el método aplicado a una ciencia. La diferencia entre método y técnica es que el método es el conjunto de pasos y etapas que debe cumplir una investigación, y este se aplica a varias ciencias, mientras que la técnica es el conjunto de instrumentos a través de los cuales se verifica el método. En todo caso, las técnicas, y los métodos son instrumentos que se han de aplicar en la investigación, con el fin de recoger la información o los datos requeridos.

La técnica es indispensable en el proceso de la investigación científica, ya que integra la estructura por medio de la cual se organiza la investigación, La técnica pretende los siguientes objetivos:

1. Ordenar las etapas de la investigación.
2. Aportar instrumentos para manejar la información.
3. Llevar un control de los datos.
4. Orientar la obtención de conocimientos.

En cuanto a las técnicas de investigación, se estudiarán dos formas generales: técnica documental y técnica de campo.

La técnica documental permite la recopilación de información para enunciar las teorías que sustentan el estudio de los fenómenos y procesos. Incluye el uso de instrumentos definidos según la fuente documental a que hacen referencia.

La técnica de campo permite la observación, a través del contacto directo con el objeto de estudio, y el acopio de testimonios que permitan confrontar la teoría con la práctica, en la búsqueda de la verdad objetiva.

A continuación vamos a exponer las técnicas de investigación que más usualmente son utilizadas. La idea es exponer sus características, ventajas, desventajas, modalidades, etc.

4.1. La observación

La observación es uno de los ejercicios más inmediatos que realiza el ser humano, y resulta además esencial en la vida³⁸. Es una técnica que consiste en observar atentamente el fenómeno, hecho o caso, tomar información y registrarla para su posterior análisis. No basta con verla: hay que organizarla, analizarla y sintetizarla.

La observación tiene que ser sistemática y objetiva, para que no caiga en el error de la subjetividad, de la ambigüedad y de la confusión. No es tan fácil evitar la parcialidad en la investigación, teniendo en cuenta que somos personas con una formación determinada y con unas preferencias ideológicas. En realidad, tendemos a ver lo que nos interesa, y la honestidad intelectual entra en juego en el esfuerzo por conservar, lo más posible, una lectura objetiva de la realidad que va a ser estudiada.

³⁸ NIÑO ROJAS, Víctor Miguel. *Metodología de la investigación: diseño y ejecución*. Ediciones Universitarias. Bogotá, 2011. Pág. 61

La observación es un elemento fundamental dentro de todo proceso investigativo; en ella se apoya el investigador para obtener el mayor número de datos. Gran parte del acervo de conocimientos que constituye una ciencia ha sido lograda mediante la observación.

En términos generales, existen dos clases de observación: la observación no científica y la observación científica. La diferencia básica entre una y otra está en la intencionalidad: observar científicamente implica hacerlo con un objetivo claro, definido y preciso: el investigador sabe qué es lo que desea observar y para qué; lo cual implica, a su vez, que debe preparar cuidadosamente la observación. Observar no científicamente significa realizarlo una sin intención u objetivo definido y por tanto, sin preparación previa. A partir de este punto, las referencias serán, lógicamente, en torno a la observación científica.

4.1.1.- Pasos que debe tener la observación

- a. Determinar el objeto, situación, caso, etc. (Qué se va a observar).
- b. Determinar los objetivos de la observación (Para qué se va a observar).
- c. Determinar la forma con que se van a registrar los datos.
- d. Observar cuidadosa y críticamente.
- e. Registrar los datos observados.
- f. Analizar e interpretar los datos.
- g. Elaborar conclusiones.
- h. Elaborar el informe de observación. Este paso puede omitirse si en la investigación se emplean también otras técnicas, en cuyo caso el informe incluye los resultados obtenidos en todo el proceso investigativo.

4.1.2.- Recursos auxiliares de la observación.

- Fichas.
- Récorde Anecdóticos.
- Grabaciones.
- Fotografías.
- Listas de chequeo de datos.
- Escalas, etc.

4.1.3.- Modalidades que puede tener la observación científica.

La Observación científica puede ser:

- a. Directa o indirecta.
 - b. Participante o no participante.
 - c. Estructurada o no estructurada.
 - d. De campo o de laboratorio.
 - e. Individual o de equipo.
- a. Observación directa y la indirecta

La observación es directa cuando el investigador se pone en contacto personal con el hecho o fenómeno que trata de investigar.

La observación es indirecta cuando el investigador entra en conocimiento del hecho o fenómeno observando a través de las observaciones realizadas anteriormente por otra persona. Tal ocurre cuando nos valemos de libros, revistas, informes, grabaciones, fotografías, etc., relacionadas con lo que estamos investigando, los cuales han sido conseguidos o elaborados por personas que observaron antes lo mismo que nosotros.

b. Observación participante y no participante

La observación es participante cuando, para obtener los datos, el investigador se incluye en el grupo, hecho o fenómeno observado, hasta conseguir la información "desde adentro".

La observación participante es aquella en la cual se recoge la información desde afuera, sin intervenir para nada en el grupo social, hecho o fenómeno investigado. Obviamente, la gran mayoría de las observaciones son no participantes.

c. Observación estructurada y no estructurada

La observación no estructurada, llamada también simple o libre, es la que se realiza sin la ayuda de elementos técnicos especiales.

La observación estructurada es, en cambio, la que se realiza con la ayuda de elementos técnicos apropiados, tales como: fichas, cuadros, tablas, etc., por lo cual se la denomina observación sistemática.

d. Observación de campo y de laboratorio

La observación de campo es el recurso principal en la observación descriptiva. Se realiza en los lugares donde ocurren los hechos o fenómenos investigados. La investigación social y la educativa recurren en gran medida a esta modalidad de observación.

La observación de laboratorio se entiende de dos maneras. Por un lado, es la que se realiza en lugares pre-establecidos para el efecto, tales como los museos, archivos, bibliotecas y, naturalmente los laboratorios. Por otro lado, también es investigación de laboratorio la que se realiza con grupos humanos previamente determinados, para observar sus comportamientos y actitudes.

e. Observación individual y de equipo

La observación individual es la que hace una sola persona, sea porque es parte de una investigación igualmente individual; o porque, dentro de un grupo, se le ha encargado de una parte de la observación para que la realice sola.

La observación de equipo o de grupo es, en cambio, la que se realiza por parte de varias personas que integran un equipo o grupo de trabajo que efectúa una misma investigación. Esta puede realizarse de varias maneras:

- Cada individuo observa una parte o aspecto de todo.
- Todos observan lo mismo para cotejar luego sus datos.
- Todos asisten, pero algunos realizan otras tareas o aplican otras técnicas.

4.2. La entrevista

La entrevista es una técnica de recopilación de información mediante una conversación profesional. Además de adquirirse información acerca de lo que se investiga, la entrevista encierra enorme importancia desde el punto de vista educativo y formativo para el investigador. Los resultados a lograr en la misión dependen en gran medida del nivel de comunicación entre el investigador y los participantes en la misma.

Según el fin que se persigue con la entrevista, ésta puede estar o no estructurada mediante un cuestionario previamente elaborado. Cuando la entrevista es aplicada en las etapas previas de la investigación, donde se pretende conocer el objeto de investigación desde un punto de vista externo sin que se requiera aún la profundización en la esencia del fenómeno, las preguntas a formular por el entrevistador se dejan a su criterio y experiencia.

Si la entrevista persigue el objetivo de adquirir información acerca de las variables de estudio, el entrevistador debe tener clara la hipótesis de trabajo, las variables y relaciones que se quieren demostrar; de forma tal que se pueda elaborar un cuestionario adecuado, con preguntas que tengan un determinado fin y que sean imprescindibles para esclarecer la tarea de investigación; y que cuenten, además, con preguntas de apoyo que ayudan a desenvolver de mejor forma la entrevista.

Al preparar la entrevista y definir las propiedades o características a valorar, así como las variables dependientes o independientes, es necesario establecer calificaciones, gradaciones cualitativas o cuantitativas de dichas propiedades, que permitan medir con exactitud la dependencia entre las magnitudes estudiadas. Es necesario, pues, calcular la correlación existente entre ellas, aplicando métodos propios de la estadística matemática.

El éxito que se logre en la entrevista dependerá:

- a. Del nivel de comunicación que alcance el investigador con el entrevistado;
- b. De la preparación que tenga el investigador en cuanto a las preguntas que debe realizar;
- c. De la estructuración de las mismas;
- d. De las condiciones psicológicas del investigado;
- e. De la fidelidad a la hora de transcribir las respuestas;
- f. Del nivel de confianza que tenga el entrevistado sobre la no filtración en la información que él está brindando; y
- g. De la no influencia del investigador en las respuestas que ofrece el entrevistado.

La entrevista es una técnica que puede ser aplicada a todo tipo de persona, aun cuando esta tenga algún tipo de limitación física, formativa o cultural, como es el caso de analfabetos o de niños que posean cierta dificultad que le imposibilite dar una respuesta escrita.

Cuando una entrevista está estructurada a partir de un cuestionario, la información que se obtiene resulta fácil de procesar; no se necesita de un entrevistador muy diestro y hay uniformidad en el tipo de información que se obtiene. Sin embargo esta alternativa no posibilita profundizar en los aspectos que surjan en la entrevista.

La entrevista no estructurada es muy útil en estudios descriptivos y en la fase del diseño de la investigación. Es adaptable y susceptible de aplicarse a toda clase de sujetos y de situaciones; permite profundizar en el tema y requiere de tiempo y de personal de experiencia para obtener información y conocimiento del mismo. En ella se dificulta el tratamiento de la información.

De lo estudiado se deduce, pues, que la entrevista debe emplearse:

- a. Cuando se considera necesario que exista interacción y diálogo entre el investigador y la persona.
- b. Cuando la población o universo es pequeño y manejable.

Para ello el entrevistador debe reunir una serie de condiciones:

- a. Debe demostrar seguridad en si mismo.
- b. Debe ponerse a nivel del entrevistado; esto puede conseguirse con una buena preparación previa del mismo en el tema que va a tratar.
- c. Debe ser sensible para captar los problemas que pudieren suscitarse.
- d. Comprender los intereses del entrevistado.
- e. Debe despojarse de prejuicios y, en lo posible de cualquier influencia empática.

4.3. La encuesta

La encuesta es una técnica de adquisición de información que lleva implícita un interés sociológico, y se realiza mediante un cuestionario previamente elaborado, a través del cual se puede conocer la opinión o valoración del sujeto seleccionado en una muestra, sobre un asunto dado.

En la encuesta, a diferencia de la entrevista, el encuestado lee previamente el cuestionario y lo responde por escrito, sin la intervención directa de las personas que participan en la investigación.

La encuesta, una vez confeccionado el cuestionario, no requiere de personal calificado a la hora de hacerla llegar al encuestado. A diferencia de la entrevista, la encuesta cuenta con una estructura lógica y rígida, que permanece inalterada a lo largo de todo el proceso investigativo. Las respuestas se escogen de modo predeterminado y se establecen del mismo modo las posibles variantes de respuestas estándares, lo que facilita la evaluación de los resultados obtenidos por métodos estadísticos.

Existen una serie de riesgos que conlleva la aplicación de cuestionarios, a saber:

- a. La falta de sinceridad en las respuestas, por el deseo del encuestado de causar una buena impresión, por el apuro o la pretensión de disfrazar la realidad.
- b. La tendencia a responder "si" a todo.
- c. La sospecha de que la información puede revertirse en contra del encuestado, de alguna manera.
- d. La falta de comprensión de las preguntas o de algunas palabras.
- e. La influencia de la simpatía o la antipatía, tanto con respecto al investigador como con respecto al asunto que se investiga.

Para evitar este tipo de riesgos, tenemos que seleccionar o diseñar las preguntas para que puedan plantearse de la forma más conveniente y de acuerdo con la naturaleza de la investigación. No tenemos que dejar de considerar el nivel de educación y la posición social, cultural, etc., de las personas que se van a responder el cuestionario.

Por su modalidad de aplicación y de finalidad, se distinguen cuatro tipos de encuestas:

- a. Encuestas abiertas. Están caracterizadas por su espontaneidad y libertad. Son de difícil tabulación para el encuestador. Proporcionan la más rica y variada información.
- b. Encuestas cerradas. En ellas, los cuestionarios suelen tener preguntas y respuestas concretas y precisas. Son fáciles de responder y de tabular, aunque son muy técnicas.
- c. Encuestas descriptivas. Tienen la forma y el objeto de la población a la que van destinadas.
- d. Encuestas explicativas. Estas buscan explicaciones, causas o factores de situaciones o de fenómenos.

Para su adecuada preparación y aplicación, es conveniente poseer una información previa de las características de la población de destino, sus intereses, actitudes, creencias, orientaciones políticas, ideológicas, etc.

4.4. El test

El test es una técnica derivada de la entrevista y la encuesta. Tiene como objetivo el alcanzar información sobre algunos rasgos definidos de la personalidad, la conducta o determinados comportamientos y características individuales o colectivas de la persona o personas sometidas al test. A partir de él podemos conseguir información sobre las capacidades intelectuales, aficiones, intereses, actitudes, aptitudes, rendimiento, memoria, posible manipulación, etc. de la persona o personas que responden al test. Para ello utilizamos preguntas, actividades, aplicaciones, etc., que son observadas y evaluadas más adelante por el investigador.

Se han creado y desarrollado un incontable número de *tests*, que se ajustan a la necesidad u objetivos del investigador. Son muy utilizados, principalmente, en psicología, educación y otras ramas de saberes sociales. Actualmente gozan de popularidad por su aplicación en los departamentos denominados de “Relaciones Humanas”: son útiles para la selección, formación y detección de necesidades de puestos de trabajo. Algo similar sucede en la Psicología de consumo cotidiano, cuando se desea conocer las necesidades y preferencias de la población. Los test constituyen, pues, un recurso propio de la evaluación científica.

No existe el test perfecto; no ha sido creado todavía y probablemente no lo sea nunca. Pero podemos establecer, sin embargo, las características de un buen test:

- a. Debe ser válido, es decir, debe dirigirse a facilitar la investigación de aquello que pretende estudiar y no otra cosa.
- b. Debe ser confiable, por tanto ofrecer consistencia en sus resultados; éstos deben ser los mismos siempre que se los aplique en idénticas condiciones, quien quiera

que lo haga. El índice de confiabilidad es precisamente aquello que otorga mayor o menor confianza al investigador, acerca del uso de un determinado test. Existen tablas aceptadas universalmente sobre esos índices y ellas nos hacen conocer que ningún test alcanza un índice de confiabilidad del 100%.

- c. Debe ser objetivo, evitando todo riesgo de interpretación subjetiva por parte del investigador. La objetividad es requisito indispensable para la confiabilidad.
- d. Debe ser sencillo y claro, escrito en lenguaje de fácil comprensión para los investigadores y también –obviamente– para los que van a realizar el test.
- e. Debe ser económico, tanto en tiempo como en dinero y esfuerzo.
- f. Debe ser interesante, para motivar el interés de los destinatarios del test.

4.5. La lectura científica

La lectura científica, estadio avanzado de la lectura, tiene por objeto el conocimiento de la veracidad y trascendencia del texto o, dicho de otro modo, la llamada interpretación y crítica de las fuentes. Es el acto intelectual que permite la interpretación correcta de lo leído, bajo los condicionantes de tiempo, espacio y persona.

En la lectura científica, el concepto de *fuentes* hace referencia a la información vinculada estrechamente con los acontecimientos o hechos objeto de estudio o reconstrucción, información cuyo valor se basa en las notas de originalidad, veracidad y autenticidad.

A nuestro entender, con la lectura científica debemos alcanzar los siguientes elementos:

- a. Discernimiento en profundidad y rigor del contenido del documento y su veracidad.
- b. Aprendizaje de la capacidad de reflexión.
- c. Aprovechamiento de las ideas que interesan al lector.
- d. Instrumento que permite al lector, mediante su reflexión, obtener nuevas ideas en el ámbito de la investigación científica o percibir adecuadamente el contenido de las diversas disciplinas universitarias.
- e. Desarrollo del espíritu crítico en el lector, como manifestación del oficio del pensamiento.

Para conseguirlo, hemos de seguir los siguientes pasos:

- a. Conocimiento previo del contenido del texto a leer.
- b. Lectura pausada y atenta del mismo.
- c. Estudio comparado de textos de igual o similar temática; y de conclusiones radicalmente diferentes o diversas³⁹, como base de reflexión para la obtención de conocimiento científico y como instrumento para el conocimiento profundo del contenido de las disciplinas.

Las nuevas ideas científicas, propuestas por el investigador como soluciones a los problemas planteados en su investigación, deberán pasar por el siguiente proceso:

³⁹ Vid. *Infra*. 6.4.

1. El investigador no solo interpreta los mensajes de los documentos, sino que los integra en su propio texto, generando nuevos documentos y, por consiguiente, nuevos caminos de lectura crítica y nuevas interpretaciones.

2. En el acto de la interpretación, el investigador obtiene los siguientes tipos de ideas:

- Las ideas claramente manifestadas en el texto, que sirven al investigador como apoyo para sustentar sus propias observaciones.
- Las ideas que pueden ser aprovechadas por el investigador.
- Las ideas que no tuvieron valor en su momento, por no existir el “estado científico” adecuado para ser proclamadas como postulados científicos (paso sucesivo de hipótesis a teoría y finalmente a postulado).
- Las ideas propias que obtiene el investigador al comparar, relacionar y reflexionar sobre la materia ofrecida por las fuentes.

4.6. Las fichas

Todo lo extraído de la lectura científica puede y debe reflejarse en un documento conocido como ficha de lectura crítica o de investigación, cuyo diseño debe tener en cuenta:

a. Noción: la ficha contiene un mensaje científico materializado, a partir de la reflexión del investigador, en el proceso de lectura crítica de las fuentes.

b. Adecuada distribución de la información. Al respecto, la disposición de los datos en la ficha son los siguientes:

- Los datos obtenidos de los autores deben figurar en su contexto y deben poder ser localizados en el mismo mediante la técnica de búsqueda informativa, utilizando descriptores o palabras clave.
- Debe quedar siempre manifiesta la diferencia entre las ideas tomadas fielmente de un autor y las ideas obtenidas mediante comentario o paráfrasis. Una paráfrasis transcrita sin la debida referencia equivale a un plagio.
- La acumulación y el enriquecimiento de datos en las fichas permite su acrecentamiento y aprovechamiento para el futuro de la ciencia.

La disposición de los datos se lleva a cabo en el marco de la siguiente estructura de la ficha:

a. Referencia del documento leído, con mención expresa de las páginas correspondientes.

b. Extracto de las ideas obtenidas del texto, bien de forma resumida o de forma literal, especificando en todo momento y con total precisión el lugar en que se encuentran dichas ideas, ya que habrán de formar parte, en su momento, del aparato crítico de la investigación como las notas a pie de página de cada capítulo o las notas de final de documento.

c. Mención de las ideas, observaciones, sugerencias, etc., del investigador obtenidas de la reflexión en torno a las ideas anteriores y a su propio pensamiento, y el resultado de su comparación o relación con las de otros autores.

4.7. Elaboración de citas y notas

Citar es dar crédito de la autoría de las ideas y hallazgos que pertenecen a otros autores, distintos de los que llevan a cabo una investigación específica y nueva. La cita de trabajos previos y relacionados con el propio, contribuye a clarificar lo original y novedoso del aporte personal, al tiempo que lo ubica en la secuencia de una línea de investigación o del progreso de la ciencia en general.

Existen unas razones que hacen valideras las citas. En concreto, se cita para:

- a. Presentar ideas, resultados y datos que refuercen los argumentos propios,
- b. Relacionar estudios y desarrollos previos al trabajo que se proyecta realizar o que se ha realizado,
- c. Dar ejemplos de otros puntos de vista,
- d. Profundizar o ampliar el alcance de lo expuesto,
- e. Aportar un marco explicativo o significado conceptual a las ideas propias, y
- f. Ofrecer al lector la información necesaria para que pueda localizar las fuentes consultadas.

Las citas de referencia y las notas que las complementan, constituyen una manifestación de respeto y valoración de la propiedad intelectual y, por tanto, son parte integral de los trabajos de investigación: es una parte muy apreciada por el mundo científico

Cuando las fuentes que sirven de soporte a un trabajo de investigación se mencionan incorrectamente o de manera incompleta, pueden ser mal interpretadas. Como consecuencia de ello, se corre el riesgo de que lectores conocedores del tema, consideren que se encuentran ante situaciones de plagio o de errores de interpretación de las fuentes. Para evitar que esto suceda, cada vez que se incorporen expresiones, datos o elementos tomados de las fuentes consultadas, cualquiera sea su naturaleza, se debe citar la fuente con fidelidad.

La cita de fuentes puede ser:

- a. De referencia general de los autores y sus obras utilizadas en la investigación,
- b. De contenido textual: directas y traducidas, relacionadas con el tema, y
- c. Citas en notas que complementen lo expuesto en el texto.

Como regla general, debe documentarse y justificar todo lo que se usa directa o indirectamente, de otros autores o fuentes. No es necesario incluir datos e informaciones generales, de conocimiento común o de dominio general, de enciclopedias y libros de texto.

Existen normas para la presentación de citas y notas, las más utilizadas son las siguientes:

- a. American Psychological Association (APA), la más utilizada para uso en trabajos universitarios.
- b. Instituto de Ingenieros Eléctricos y Electrónicos (IEEE), empleadas comúnmente en las diferentes ramas de las ingenierías.

- c. Vancouver, recurrida por las ciencias biomédicas.
- d. Modern Language Association (MLA), empleadas habitualmente en Humanidades.

En este estudio vamos a desarrollar aquellas que más se usan en los trabajos de investigación relacionados con las ciencias sociales. Ellas son las normas de la American Psychological Association, más conocidas como APA, y las Modern Language Association o MLA.

Hemos de tener en cuenta que, a la hora de publicar el trabajo de investigación, acudimos a revistas científicas que establecen sus propias normas de publicación, apegadas o no a los mencionados sistemas. Por lo tanto, hemos de adaptar nuestros trabajos a esas normas.

4.7.1.- Normas de la American Psychological Association (APA).⁴⁰

a) Citas de referencia en el texto.

En las citas de referencia, incluimos en el texto el autor y la fecha de publicación de la obra. Debe ir entre paréntesis su apellido y el año de publicación. Si la cita es directa escribimos, además, la página de donde tomamos la cita. La información completa de las fuentes aparece al final en la lista de referencias.

Según APA, las citas de referencia son de dos clases: textual y de resumen.

Si la cita es textual y tiene menos de 40 palabras, la presentamos entre comillas y al final se incluyen, entre paréntesis, el apellido del autor, el año de publicación y la página.

Ejemplo:

- También es sabido que el lenguaje es un fenómeno cultural. Todo acto lingüístico es un acto creador fundado en un saber. “En cuanto acto creador, el lenguaje posee todas las características de aquellas actividades creadoras del espíritu cuyos resultados no son materiales, o en que lo material no es lo determinante, y que se llaman conjuntamente cultura” (Casado, 1991, p. 27).

Si la cita tiene más de 40 palabras, se omiten las comillas y se deja como un texto independiente, con un margen izquierdo más amplio que en el resto del texto.

Ejemplo:

- Para Coseriu (1981, p. 17), la relación entre lenguaje y cultura se puede entender en tres sentidos diferentes:
 - a) El lenguaje mismo es una forma primaria y fundamental de cultura.
 - b) El lenguaje refleja la cultura no lingüística: manifiesta los “saberes”, las ideas y creencias acerca de lo conocido.
 - c) No se habla solo con el lenguaje como tal, con la “competencia

⁴⁰ MORENO CASTRILLÓN, FRANCISCO; MARTHE Z., NORMA; Y REBOLLEDO S., Luis Alberto. *Cómo escribir textos académicos según normas internacionales: APA, IEEE, MLA, Vancouver e ICONTEC*. Ediciones Uninorte. Barranquilla, 2010. Págs. 140 y ss.

lingüística”, sino también con la “competencia extralingüística”, es decir, con los saberes, ideas y creencias acerca de las “cosas”, —y estos saberes, ideas y creencias influyen sobre la expresión lingüística y la determinan en alguna medida.

Si la cita es de parafraseo o resumen, se escribe sin comillas y entre paréntesis se escribe el apellido del autor y el año.

Ejemplos:

- La antropología lingüística se ocupa del estudio del lenguaje como un recurso de la cultura, y del habla como una práctica cultural (Duranti, 2000). De ahí su interés por la relación entre lengua, pensamiento y cultura. Esta disciplina plantea que existe una estrecha interdependencia entre las lenguas y los miembros de los grupos culturales que las hablan (Calsamiglia & Tusón, 2001).

Si citamos una fuente que tiene entre tres y cinco autores, escribimos los apellidos de todos la primera vez que los citemos y después incluimos el apellido del primer autor seguido de “et ál.” (sin cursiva y con punto después de “ál.”).

Si citamos un texto escrito por seis o más autores, escribimos la primera cita con el apellido del primer autor seguido de “et ál.”.

En la lista de referencias, pondremos las iniciales y apellidos de los primeros seis autores y para los restantes utilizaremos “et ál.”.

Si el autor es una corporación o institución, incluimos el nombre completo cada vez que lo citemos en el texto. Si el nombre es muy largo, escribimos el nombre completo la primera vez e incluimos entre corchetes la abreviatura para uso en citas posteriores.

Si el documento no tiene autor, citemos las primeras palabras del título del capítulo o del libro seguido de puntos suspensivos. Cuando se trate del título del capítulo, escribámoslo entre comillas, y si es de un libro, escribámoslo en cursiva.

Cuando hagamos una cita de cita (algo excepcional), debemos escribir el nombre de la fuente original y citar el escrito que describe el trabajo original, precedido de la frase: “como se cita en...”. Lo normal es acudir a la fuente original, ya que tenemos el dato para localizarla y así evitaremos posibles errores en torno al texto original del autor del que hemos tomado la cita.

b) Lista de referencias.

La lista de referencias es el conjunto de fuentes citadas en un manuscrito. Se organizan alfabéticamente, según autor. A continuación se escribe el año de publicación del trabajo que reseñamos. Seguidamente presentaremos esquemas y ejemplos de referencias.

Libros.

Autor, A.A. (Año de publicación). Título de la obra. (Número de la Edición, si la hay). Lugar de publicación: y editorial. Ejemplos:

- Reyes, G. (1999). *Cómo se escribe: Manual de redacción*. (2ª ed.). Madrid: Arco/Libros.

- Hernández, R., Fernández, C. & Baptista, P. (1994). *Metodología de la investigación*. México: McGraw-Hill.

Capítulos de un libro.

Autor, A.A., & Autor, B.B. (Año de publicación). Título del capítulo. En A. Editor & B. Editor (Eds.), título del libro (páginas del capítulo). Ubicación: editorial. Ejemplo:

- Morrison, E. (1983). La terapia familiar como prevención. En J. Lancaster (Comp.), *Enfermería comunitaria: modelos de prevención de la salud mental*. (pp. 172-180). México: Interamericana.

Artículos.

Autor, A. A., Autor, B. B. & Autor, C. C. (Año, día y mes para publicaciones diarias, semanales o mensuales). Título del artículo. Título de la revista, diario, semanario, volumen, (número), páginas de inicio y fin del artículo.

Ejemplo de revista:

- Torrecilla, M. (2007, dic.). The language of antagonism in political texts: ¿What does it struggle for? *Zona Próxima*, 8, 94-107.

Ejemplo de artículo de diario:

- Oppenheimer, A. (2009, 8 de febrero). Qué le espera a América Latina con Obama. *El Tiempo*, p. 5

Ejemplo de artículo de revista especializada:

- Henao, J.I. & Castañeda, L.S. (1999-2000). Aproximación a la toponimia embera antioqueña. *Lingüística y Literatura*, 36/37, 34– 53.

Tesis.

Autor, A.A. (fecha). Título. Tesis de grado obtenida no publicada. Universidad, ciudad, país. Ejemplo:

- Vélez, J., López, G. & Orozco, R. (1997). Incidencia de la ecoeficiencia de la competitividad de las empresas procesadoras de alimentos de Barranquilla. Tesis de maestría no publicada. Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

Artículo de enciclopedia o diccionario.

Autor, A. (Fecha). Título de la entrada. En Título de la enciclopedia o diccionario (volumen, páginas). Ubicación: Editorial. Ejemplo:

- Real Academia Española (2005). Valquiria. En *Diccionario panhispánico*

de dudas. Bogotá: Aguilar.

Audio/Video.

Apellido, I. (Productor) & Apellido, I. (Director). (Fecha). Título. [Cinta cinematográfica]. País: Estudio cinematográfico. Ejemplo:

- Almodóvar, A. (Productor) & Almodóvar, P. (Director). (1999). Todo sobre mi madre. [Cinta cinematográfica]. España: Filmax Home Video.

Fuentes de Internet.

Artículo en base de datos

Autor, A.A. & Autor, B.B. (año). Título del artículo. Título de la revista, volumen, (número), páginas. Recuperado el día de mes de año, de la base de datos. Ejemplo:

- Pojarliev, M. (2009, Winter). Trading the forward rate puzzle. The Journal of Alternative Investments, 11, (3), 26. Recuperado el 12 de febrero de 2009 de la base de datos ABI/Inform Global.

Artículo en una revista publicada en Internet

Autor, A.A. & Autor, B.B. (año – si se encuentra). Título del artículo. Título de la revista, volumen –si se encuentra, (número si se encuentra). Recuperado el día de mes de año, de URL Ejemplo:

- Peña, L.B. (2000). Nuevos (y eternos) modos de leer. Cuatrogatos, 4. Recuperado el 9 de feb. de 2009, de <http://www.geocities.com/cuatrogatos4/nuevosyeternos.html>

Documento de la red sin autor ni fecha

Título. (s. f.). Recuperado el día de mes de año, de URL. Ejemplo:

- Ingeniería de sistemas. (s. f.). Recuperado el 25 de marzo, de 2009 de http://es.wikipedia.org/wiki/Ingenier%C3%ADa_de_sistemas

4.7.2.- Normas de la Modern Language Association (MLA).⁴¹

a) Citas de referencia en el texto.

Incluimos las citas de referencia en el texto entre paréntesis, sin el año de publicación. Escribimos el apellido del autor y el número de la página. El número de página ha de aparecer sin escribir ninguna abreviatura. Ejemplo:

- Además, anota que solo por circunstancias históricas se han impuesto regímenes no democráticos (Domínguez 46).

⁴¹ MORENO, Francisco. Op. Cit. Págs. 171 y ss.

Si la obra fue escrita por una institución u organismo, la citamos así:

- “De cualquier sanción impuesta y en firme deberá quedar constancia escrita en la respectiva hoja de vida del estudiante. De la misma manera, se registrará en la hoja de vida del estudiante el resultado cuando haya sido absuelto en un proceso disciplinario” (Universidad del Norte 43).

Si no aparece el nombre del autor, escribimos el título, abreviado y subrayado o entre comillas. Ejemplo:

- Todos los indicios lo señalaban. (Yo cacé 38).

Si citamos más de un trabajo de un autor, incluimos parte del título después del apellido del autor. Ejemplo:

- “Muchos años después, frente al pelotón de fusilamiento, el coronel Aureliano Buendía...” (García Márquez, Cien años 1).
- “El día que la mierda tenga precio, los pobres nacerán sin culo” (García Márquez, El otoño 193).

Si citamos un trabajo citado por otro autor, escribimos entre paréntesis ctd en (citado en) y la página. En la lista de obras citadas aparece el autor que citó el trabajo original. Ejemplo:

- De acuerdo con Halliday, “el lenguaje realiza simultáneamente tres funciones: experiencial, interpersonal y textual. La primera hace referencia a las formas de representar nuestra experiencia del mundo, de construir una imagen mental de la realidad y darle sentido a lo que ocurre dentro y fuera de nosotros. La segunda función expresa las relaciones establecidas entre el autor y el lector. La tercera se refiere a la manera como se organiza el texto y expresa las relaciones existentes al interior del mismo”. (ctd en Moss et ál. 1)

Si el apellido del autor y el año fueron citados en párrafos anteriores, sin intercalar otras citas, solo indicamos la página entre paréntesis. Ejemplo:

- El mismo autor plantea el escollo de determinar “si la reflexión política es para Spinoza un apéndice del sistema metafísico, o parte de su trama” (247).

b) Lista de obras citadas.

En la lista de obras citadas incluimos todas las obras citadas en el texto, al final del trabajo, y ordenada alfabéticamente por autor. Si no aparece el nombre del autor, se ordena según el título de la obra.

Libros.

Apellido, nombre. Título. Ciudad: editorial, año. Ejemplo:

- Vidal Perdomo Jaime. Historia de la reforma constitucional de 1968 y sus alcances jurídicos. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, 2007.

Si un libro tiene dos o más autores, escribamos sus nombres en el mismo orden como aparecen y solo cambiemos el orden del nombre del primer autor. Separemos el apellido del nombre con coma, y separemos a los dos autores con la conjunción “y”.
Ejemplo:

- Calsamiglia, Helena y Amparo Tusón. Las cosas del decir: manual de análisis del discurso. Barcelona: Ariel, 2001.

Si se trata de una organización, escribimos el nombre completo de la misma.
Ejemplo:

- Asociación Colombiana de Universidades. Propuestas y acciones universitarias para la transformación de la educación superior en América Latina: proyecto 6x4 UEALC. Bogotá: ASCUN, 2008.

Si el libro carece de autor, empezamos la referencia con el título. No utilizemos la palabra “Anónimo”.
Ejemplo:

- Occidente y las otras modernidades. Madrid: Abada Instituto Universitario de Historia Social “Valentín de Foronda”, 2008.

Si el libro es una traducción, incluimos la abreviatura Trad. después del título y el nombre y apellido del traductor.
Ejemplo:

- Cathcart, Thomas. Platón y un ornitorrinco entran en un bar: la filosofía explicada con humor. Trads. Daniel Klein y Nuria Pujo Valls. Barcelona: Planeta, 2008.

Si es una obra con más de un volumen y consultamos todos los volúmenes, escribimos el número total de volúmenes (2 vols.) después del título de la obra.
Ejemplo:

- Garcés González, José Luis. Literatura en el Caribe Colombiano: señales de un proceso. 2 vols. Montería: Universidad de Córdoba, 2007.

Artículos.

Apellido, nombre. “Título del artículo.” Título de la revista. Día mes año: páginas. Ejemplo:

- Samper, María Elvira. “Bueno es culantro...”. Cambio. 11 jun. 2009: 12.

Tesis.

Apellido, nombre. “Título de la tesis”. Tesis. Nombre de la universidad, año.
Ejemplo:

- Vélez, Jaime, Gloria López y Rosiris Orozco. “Incidencia de la ecoeficiencia de la competitividad de las empresas procesadoras de alimentos de Barranquilla”. Tesis. Universidad del Norte, 1997.

Referencia de Internet.

Apellido, nombre. “Título del artículo”. Fecha de publicación. Nombre de la base de datos. Día mes año de consulta Dirección electrónica. Ejemplo:

- Flitter, Emily. “House and Senate Panels Spar Over SBA Auto Program”. 4 Jun. 2009. Banking Information Source. Pro-Quest. 11 Jun. 2009 <<http://www.proquest.com/>>

Apellido, nombre. “Título del trabajo”. Nombre de la publicación. Número del volumen o número. Fecha de publicación Si existen, números de páginas, párrafos o secciones. Fecha de acceso y URL.

- Spencer, Jeffrey. “The Subsidiary Temple of Nekhtnebef at Tell el-Balamun”. BMSAES. 8 (2009): 21 – 38. 30 nov. 2009 <http://www.thebritishmuseum.ac.uk/html>

- “Escándalos como el del DAS obstruyen firma de tratados comerciales con otros países, admite Uribe”. El Tiempo.com.co 11 jun. 2009. http://www.eltiempo.com/colombia/politica/escandalos-como-el-del-das-obstruyen-firmade-tratados-comerciales-con-otros-paises-admite-uribe_5417187-1

Bibliografía de la Primera Parte

- ALCHURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, 1975.
- ÁLVAREZ GARDIOL, ARIEL. *Manual de Filosofía del Derecho*. Editorial Astrea. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. 1979.
- ÁLVAREZ UNDURRAGA, GABRIEL. *El nuevo enfoque de la investigación jurídica*. (Trabajo de investigación sin publicar). Copiapó, UDA, 1999.
- ÁLVAREZ UNDURRAGA, GABRIEL. *Manual de redacción e investigación documental*. Caracas, Edit. Librería Destino, 1994.
- ALZAMORA VALDEZ, Mario: *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Tipografía Sesator. Octava Edición. Lima, Perú. 1982.
- ANDER- EGG, EZEQUIEL. *Técnicas de Investigación Social*. Buenos Aires, Humanitas, 1978.
- AZÚA REYES, SERGIO. *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*. México, Porrúa, 1990.
- BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Manual de técnica de la investigación jurídica*. Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 4ta Edición, 1971.
- BUONOCUORE, DOMINGO. *Diccionario de Bibliotecología*. Buenos Aires, Paidós, 1972.
- CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. VIII Tomos. Editorial Heliasta. Vigésimo tercera edición. Buenos Aires, Argentina. 1994.
- CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951.
- CASTRO y BRAVO, FEDERICO DE. *Derecho Civil de España. Parte General*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1955.
- COUTURE DE TROISMONT, ROBERTO. *Manual de Técnicas en Documentación*. Buenos Aires, Ediciones Marymar, 1975.
- ECO, HUMBERTO. *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura*. Gedisa. Barcelona, 1984.
- ENNECCERUS, LUDWIG: *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I. Casa Editorial Bosch. Barcelona, España. 1953.
- FERNÁNDEZ BULTÉ, JULIO. *Teoría del Estado y del Derecho*. Editorial Félix Varela. La Habana, 2005.
- FERNÁNDEZ GALIANO, ANTONIO y CASTRO, BENITO DE. *Lecciones de teoría del Derecho y Derecho Natural*. Universitas. Madrid, 1993
- FIERRO-MÉNDEZ, HELIODORO. *Metodología de la investigación para la ciencia jurídica*. Bogotá, Edit. Marder, 1988
- FIGUEROA, GONZALO. “El estado actual de la docencia y la investigación del Derecho en Chile”. En CPU. *Las Ciencias Sociales en Chile* (1983)
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. *Metodología, docencia e investigación jurídica*. Buenos Aires, Edit. Porrúa, 4ta. Edición, 1995
- FUENZALIDA, EDMUNDO. “La investigación básica en Derecho y Sociedad”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Valparaíso, 1997.
- GALINDO GARFIAS, IGNACIO. *Interpretación e integración de la ley*. Colección Lecturas Jurídicas. Serie Estudios Jurídicos, 38. UNAM. México, 2006.

- GARCIA TOMA, VÍCTOR. *Teoría del estado y derecho constitucional*. Editorial Adrus, S.R.L. Lima, 2010. 864 págs.
- GENY, FRANCOIS. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Granada. Comares, 2000. 534 págs.
- GIRALDO ANGEL, JAIME. *Metodología y técnica de la investigación bibliográfica*. Bogotá, Ediciones librería del Profesional, 2da edición, 1989.
- GIRALDO ANGEL, JAIME. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2ª edición 1979.
- GOLDSCHMIDT, WERNER. *Introducción Filosófica al Derecho*. Editorial Depalma. Sexta Edición. Buenos Aires, Argentina. 1983.
- GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE ALBERTO. *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie J: Enseñanza del derecho y material didáctico, Núm. 18. 1998.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ JOSÉ LUIS. *Análisis de la fórmula: "interpretación jurídica" del párrafo cuarto del artículo 14 constitucional*. División de Estudios Jurídicos de la Universidad de Guadalajara. Marzo, 1995.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, ROBERTO, FERNÁNDEZ COLLADO, CARLOS, BAPTISTA LUCIO, PILAR. *Metodología de la Investigación*. México. Mc Graw Hill. 5ª. Edición. 2003.
- HERNÁNDEZ, SANDRA y LÓPEZ, R. *Técnicas de investigación jurídica*. México, Harla Editores, 1995.
- JAÑEZ BARRIO, TARSICIO. *El trabajo de investigación en Derecho*. Caracas, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello, 1996.
- JARAMILLO ORDOÑEZ, HERNÁN. *La ciencia y técnica del Derecho*. Universidad Nacional de Loja. Loja, 2003.
- KANTOROWICZ, HERMANN. *La Lucha por el Derecho*. Editorial Losada. Buenos Aires. 1949.
- KELSEN, HANS. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universitaria de Buenos Aires. Decimoctava Edición. Buenos Aires. 1982.
- LAMPREA RODRÍGUEZ, PEDRO ANTONIO. *Metodología del Derecho*. Bogotá, Edición Librería del Profesional, 1990.
- LANDA ARROYO, CÉSAR. *Los procesos constitucionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Palestra. Lima, 2010. 534 Págs.
- LARA SÁENZ, LEONCIO. *Procesos de investigación jurídica* México, Porrúa, 3ª ed. 1996
- LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Introducción al Derecho*. Editorial Ariel. Séptima Edición. Barcelona, España. Septiembre de 1976.
- LOIS ESTEVEZ, JOSÉ. *La investigación científica y su propedéutica en el Derecho*. Caracas, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. 1970.
- MÁRQUEZ SÁNCHEZ, VIRGILIO. *Manual de Investigación Jurídica*, Caracas, Edit. Buchivacoa, 1997.
- MEYRIAT, JEAN. *Guía para establecer centros de documentación en Ciencias Sociales en los países en vías de desarrollo*. México, UNAM- UNESCO, 1973.
- MIRAUT MARTÍN, LAURA *La teoría de la decisión jurídica en*

Benjamín Nathan Cardozo. Dykinson. Madrid, 1999.

- MORENO CASTRILLÓN, FRANCISCO; MARTHE Z., NORMA; Y REBOLLEDO S., LUIS ALBERTO. *Cómo escribir textos académicos según normas internacionales: APA, IEEE, MLA, Vancouver e ICONTEC*. Ediciones Uninorte. Barranquilla, 2010.

- NINO, CARLOS S. *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*. México, Fontamara, 1993.

- NIÑO ROJAS, Víctor Miguel. *Metodología de la investigación: diseño y ejecución*. Ediciones Universitarias. Bogotá, 2011.

- ODERIGO, MARIO A. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires. Ideas, 1952.

- ORTIZ CASTRO, JOSÉ IVÁN. *Aproximación metodológica a los niveles jurídico-políticos de la investigación social*. Bogotá, Señal Editora, 1991.

- PASQUIER, CLAUDE DU. *Introducción al estudio del Derecho*. Lima. Ediciones Justo Valenzuela. 1983.

- PEÑA CABRERA, RAUL. *Estudios críticos de Derecho Penal y Política Criminal*. Lima. Ideas Solución Editorial. Lima, 2013.

- PERDOMO, RÓMULO. *Metodología de la investigación jurídica*. Mérida, Venezuela, Consejo de Publicaciones de la Universidad de Los Andes, 1983.

- PÉREZ ESCOBAR, JACOBO. *Metodología y técnica de la investigación jurídica*. Bogotá, Horizontes, 2da edición, 1991.

- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “Las transformaciones contemporáneas de la investigación jurídica en Venezuela”. En *Ciencia académica de la Venezuela moderna*. Caracas, Fondo Editorial, Acta científica venezolana, 1984.

- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Investigadores e investigación jurídica en la Venezuela actual*. Valencia, Anuario del Instituto de Derecho Privado y Comparado de la Universidad de Carabobo, 1978.

- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Tres ensayos sobre métodos de la educación jurídica*. Caracas, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1974

- SABINO, CARLOS. *El proceso de la investigación*. Caracas, Panapo editores, 1990.

- SAER PÉREZ, GERARDO. *Estudio e investigación del Derecho*. Valencia, Venezuela, Universidad de Carabobo, 1974.

- SALEILLES, RAYMOND. *Introduction à l'étude du droit civil allemand, à propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère*. Paris. Pichon, 1904.

- TORRES VÁSQUEZ, ANÍBAL. *Introducción al Derecho*. IDEMSA. Lima, 2007. 985 págs.

- TRABUCCHI, ALBERTO. *Instituciones de Derecho Civil*. 2 tomos. Editorial Revista de Derecho Privado. Primera Edición. Madrid, España. 1967.

- VALADÉS, DIEGO. *El control del poder*. UNAM. México, 1998.

- VILLORO TORANZO, MIGUEL. *Metodología del trabajo jurídico. Técnicas del Seminario de Derecho*. México, Edit. Limusa- Noriega-Universidad Iberoamericana, 1992.

- WITKER, JORGE y ROGELIO LARIOS. *Metodología Jurídica*. México, Mac Graw Hill Editores, 1997.

- WITKER, JORGE. *Técnicas de investigación Jurídica*. México, Mac

Graw Hill Editores, 1996.

- WITKER, JORGE. *La investigación jurídica*. México, Mc. Graw-Hill, 1995.
- WITKER, JORGE. *Cómo elaborar una tesis de Derecho*. Madrid, Ediciones Civitas, 1991.
- WITKER, JORGE. *Metodología de la enseñanza del Derecho*. Bogotá, editorial Temis, 1987.

SEGUNDA PARTE: CIENCIA Y DERECHO

Jaime Baquero de la Calle Rivadeneira

Unidad 5: El Derecho como objeto de investigación

*Cuando la universidad pierde su interés
por la comprensión del mundo,
se trivializa.
Se convierte en un conjunto de escuelas
de formación profesional,
con restos –en el mejor de los casos–
de una decoración humanista.
Alejandro Llano*

5.1. Las fuentes de conocimiento en el Derecho

Introducción

La investigación en ámbitos jurídicos posee una dimensión ambivalente. Puede transformarse en una tarea apasionante y creativa o simplemente quedarse en un aburrido y monótono trabajo de transcripción mecánica de datos. El investigador está llamado a pensar y aportar, precisamente con su pensamiento, al desarrollo del origen mismo de las corrientes y líneas de investigación jurídica o, por su parte, se encuentra también en capacidad de hacer oídos sordos a esta vocación científica, dejando que ciertos reduccionismos lo enmarquen en una suerte de *científico segundón* –los de primera línea serían los estudios biológicos, matemáticos, físicos, etc.– que siguen irreflexivamente unos cánones procedimentales fijos, aunque nadie sepa a ciencia cierta por qué son precisamente esos los cánones a seguir y no otros; y casi nadie se atreva a cuestionarlos: ya lo dijo Miguel Delibes: *los estudios de Humanidades (...) sufren cada día, en todas partes, una nueva humillación*¹ por parte de académicos atrapados en un juego intelectual de espejos, con brillantes imágenes de sí mismos y cada vez menos referencias de una realidad exterior, en proceso constante de conocimiento.

No se trata, por tanto, de dar unas cuantas reglas, imprescindibles al momento de elaborar aquel trabajo, necesario en muchos centros académicos para finalizar los estudios universitarios; ni tampoco de someterse a la corriente impositiva de una versión técnica de las ciencias, arbitrariamente monopolizadora del saber: la técnica y la metodología científica, sin otro fundamento que ellas mismas, pueden quedarse en una

¹ Miguel Delibes, *Discurso de entrada a la Real Academia de la Lengua*, 25–V–1975.

secuencia repetitiva de procesos irreflexivos, como el niño que lee en voz alta pero no entiende lo que está leyendo, y no pocos oyentes se hacen cargo de ello. Este capítulo pretende llevar al investigador por la senda del *realismo jurídico* –cada paso en la Ciencia es una aproximación a la realidad²– e invitarle a descubrir los posibles eventos científicos que su investigación encierra, para hacer que el Derecho–Ciencia progrese, sin perder de vista que la auténtica vocación científica aspira nada menos que a la sabiduría³, y no solamente a la colección de conocimientos técnicos, normativos, procesales, administrativos, jurídico–positivos u otras posibilidades científicas de corto alcance intelectual, sobre las que existe abundante bibliografía.

En el mundo universitario primigenio *se distinguía*, precisamente, *entre Ciencia y técnica*, dando primacía a la *Scientia*, por tratarse del noble instrumento imprescindible para el progreso del saber. La técnica, por su parte, cumplía la función de herramienta auxiliar frente a las ciencias sociales, físicas, médicas, jurídicas, filosóficas etc. En el presente, la paradoja no puede ser más clara: el concepto de “lo científico” ha quedado reducido a la técnica, con el correspondiente oscurecimiento de la vocación universitaria hacia la sabiduría. Si bien no puede hablarse de una perfecta univocidad entre el concepto primigenio de Ciencia y la versión actual, nacida del pensamiento moderno, tampoco son acertados los apasionados intentos de disociar las versiones aristotélicas, salmantinas o parisinas de aquellas propuestas, siglos después, por Comte, Bacon, Hobbes, Locke o Copérnico. En todos los supuestos intelectuales sigue vigente la vocación del científico hacia el conocimiento, puesta en práctica a través de métodos cada vez más depurados, pero que no dejan de reducirse, tales métodos, a un estudio que va de lo general a lo particular y viceversa; de las causas a los efectos y de los efectos a las causas, tal como se ha escrito a estudiar los métodos científicos actuales⁴.

En todo caso, la lectura actual de la Ciencia, en no pocas sedes universitarias, ha perdido de vista a la discreta estrella que supo iluminar, desde el firmamento de todos los conocimientos intelectuales, pasados y presentes, el camino de incontables científicos de renombre: este astro es *la sabiduría*, y su belleza ha sido capaz de despertar el anhelo por alcanzarla y entenderla, cada vez un poco más. Al respecto, las dificultades posmodernas son múltiples. Tómese en cuenta hasta dónde está llegando la especificación científica actual, que impide el acceso hacia una mínima armonía cultural.

Esta maltratada visión sapiencial de conjunto, parece necesaria al momento de evitar que un supuesto sabio, escudado en títulos y doctorados –cada vez más preocupados de la forma y menos de los contenidos de investigación– *se salga de la realidad* por el engañoso y atractivo sendero de unos estudios tan específicos como empobrecedores del contexto científico global, cuando precisamente es éste contexto *holístico*, el que resulta necesario para el progreso equilibrado del saber: dicho de forma alegórica, en el panorama científico actual, cada Ciencia y cada científico respiran, se alimentan y se iluminan, a secas, de la necesariamente limitada fuente de su investigación, sin tener conciencia del aire viciado que respiran, ni de la escasa sustancia de su alimento diario, ni de la pobre luz que guía sus trabajos académicos. Y para mayor paradoja, no es infrecuente descubrir a los que menos saben de un tema, dentro de los que más se empeñan en dar criterios *cuasidogmáticos* sobre materias ajenas a su limitada línea de investigación. Con el deseo, pues, de volver sobre los pasos

² Luis Enrique Baquero, *entrevista*, 19–IX–2015.

³ Cfr. Thomas Aquinae, *In Duodecim Libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio*, Proemium. Tomado de www.corpustomisticum.org, el 21–IX–2015.

⁴ Vid. *Supra*, Cap. II.

desacertados y recuperar la sabiduría de todas las épocas –también la de nuestros días– el presente estudio no separará la visión científica de la antigüedad griega y romana, ni de su versión universitaria originaria ni de la posterior re–clasificación moderna y contemporánea.

Para que el lector pueda encontrar una exposición, lo más clara posible, del Derecho como objeto de investigación, y para poder abordar adecuadamente el estudio de las fuentes jurídicas desde la perspectiva del investigador, se mencionará brevemente cuál es –precisamente– el “objeto” del Derecho, y pasar luego a vincularlo con la actual concepción de “Ciencia” y sus implicaciones en los estudios jurídicos y políticos con implicación jurídica. Se presentará, pues, una revisión histórico–crítica de la evolución de las categorías científicas, la puesta en ventaja de las denominadas *ciencias duras*, así como los efectos e implicaciones que tales categorías intelectuales han tenido en las ciencias sociales, dentro de las cuales podría considerarse incluido al Derecho. De esta forma, el lector podrá conocer el *status quo* actual de la Ciencia y sus implicaciones en la investigación jurídica de las fuentes jurídicas.

No nos detendremos en el estudio –ni en las discusiones doctrinales– de las denominadas *fuentes materiales y formales del Derecho*: los manuales de Introducción al Derecho y Teoría General del Derecho cumplen esa noble función académica⁵. Baste con decir, brevemente, que dentro de las primeras suele entenderse, por antonomasia, a la Ley, aunque también podría incluirse a la Jurisprudencia y a la Costumbre, en cuanto obliguen en Derecho. En cambio, dentro de las fuentes formales suelen situarse, clásicamente, a aquellas que alimentan o *dan forma* al Derecho: los Principios generales y la Doctrina jurídica.

Como punto de partida para estudio de cada fuente jurídica, es imprescindible comprender que estas tradicionales fuentes del Derecho, conocidas por todo aquel que ha pasado por las aulas de una Facultad de Derecho o Ciencias Políticas, no pueden entenderse, cada una, como un objeto de estudio aislado el uno del otro, a la manera de los *compartimentos estancos* de los barcos: todas ellas se compenentran y alimentan constantemente, y no pocas veces puede ser conveniente estudiar, científicamente, una realidad jurídica desde las diversas perspectivas que aporta la Doctrina, los Principios del Derecho, la Ley, la Costumbre y la propia Jurisprudencia, nacional e internacional. El cometido de estas líneas es, precisamente, ayudar al investigador a que descubra la riqueza científica que contienen dichas fuentes, como instrumentos válidos de investigación en ámbitos jurídicos y, por qué no decirlo, políticos.

En este mismo sentido, las fuentes del Derecho serán analizadas desde una perspectiva filosófica apegada al *realismo jurídico*. Consideramos que ésta es la mejor forma de no caer en complejas discusiones académicas, que no vendrían al caso: el estudio del *ser* de las cosas y su *realidad*, analizados científicamente a través de una construcción intelectual elevada, permite seguir el derrotero de la *filosofía del sentido común*. Tal camino será, según se piensa, el más acertado para lograr un acercamiento entre “investigador y persona”, al descubrir que las fuentes del Derecho necesitan, constantemente, renovarse y encontrar su noble raíz en la defensa y protección de la persona, siempre desde la óptica de la justicia. El examen al que deben someterse las fuentes del Derecho es serio: hace falta descubrir dónde se presenta una *antropología en progreso*, para poner al día las instituciones jurídicas correspondientes. Al respecto, las fuentes jurídicas serán precisamente fuentes pero también recipientes, que dan y reciben la sabiduría alcanzada por el investigador del Derecho, en aras a un conocimiento, cada vez más perfecto, de la identidad humana. Como se puede apreciar, está en juego mucho

⁵ Cfr., v. gr., Ángel Latorre, *Introducción al Estudio del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 2004), Sección III.

más que una renovación de procesos o la reforma superficial de antiguos cuerpos legales: se trata de descubrir, en tiempos de veloces cambios, dónde debe florecer – o reaparecer– lo más original del ser humano, como la protección al debido ejercicio de su libertad o la adecuada salvaguardia de derechos emergentes en el consiente colectivo; distinguiendo y separando lo genuino de lo espurio, los derechos de las modas, la necesidad de promulgar nuevas garantías jurídicas, de las presiones sociales circunstanciales, etc.

Al igual que en el resto de las denominadas Ciencias sociales, el lector debe saber, antes de seguir adelante, que la Ciencia del Derecho tiene como objeto material el estudio a la persona: *in scientiis iuridicis subiectum iuris vocabitur persona*⁶, entendida ésta, según definición clásica y atribuida a Bohesio, como *intellectualis naturae individua substantia*⁷: sustancia individual de naturaleza racional⁸. Por su parte, la persona, en cuanto *es* persona, con una naturaleza o forma de ser peculiar, es asumida por el Derecho (objeto formal) desde *las relaciones de justicia* que se generan en torno a ella, de forma individual o entendida en *societas*: conyugal, familiar, laboral, política, etc. Por tanto, el Derecho es Ciencia, y sobre el Derecho se puede elaborar investigación en toda regla.

Para que el estudio que se presenta a continuación resulte accesible a todos, se ha optado por una *metodología de los ejemplos*: ella acompañará a las explicaciones que, por su naturaleza, pudiesen resultar más abstractas, a través de la descripción hipotética de realidades sociales, jurídicas y políticas, que se encuentran en la base de las discusiones del momento, sobre todo en foros internacionales, oficiales o no, pero siempre de influencia. De esta forma, el lector podrá hacerse cargo, a lo largo de los siguientes capítulos, de la inseparable relación que existe entre una explicación teórica y las múltiples encrucijadas del pensamiento jurídico aplicado, que buscan una solución con carga de profundidad intelectual y no simplemente coyuntural o pasajera: precisamente para esto se hace Ciencia jurídica. Vale señalar, por último, que se han escogido como objeto de estudio para los subcapítulos del presente trabajo, aquellos temas que parecen más importantes en el estado actual de la Ciencia jurídica. Por tanto, no se agotan todos los posibles campos de investigación –esto implicaría una obra mucho más extensa pero quizás menos práctica– ni tampoco se ha recurrido a la exhaustividad de cada fuente del Derecho: el espíritu de esta obra es abrir el diálogo científico sobre aquellos tópicos que están en boga, evitando un discurso fuera de contexto temporal.

El concepto de Ciencia

La investigación, *lato sensu* (en términos generales) es tan antigua como la persona: se trata, sin duda, del deseo de alcanzar cierto grado de sabiduría, mediante procesos sistemáticamente ordenados y metodológicamente apropiados para un determinado campo del saber. Si la búsqueda de la sabiduría tuviese una forma desordenada, espontánea o ajena a un sistema metodológico concreto, no podría llamarse Ciencia, aunque de ella se obtuviese cierto conocimiento intelectual: se trataría de una *cognitio vulgaris* o conocimiento vulgar, distinto de la *cognitio erudita vel scientifica* (conocimiento científico). Así, la delimitación que encierra la expresión

⁶ Ludovicus Vender, *Philosophia Iuris* (Romae: Officium libri catholici, 1953), 83.

⁷ Boethius, *De Persona et Duabus Naturis*, ii, iii, in P.L., LXIV, 1342 sqq. Tomado de: www.perseus.tufts.edu/hopper, el 5-X-2015.

⁸ Traducción en la obra de Étienne Gilson, *El espíritu de la Filosofía Medieval*, (Madrid: Rialp, 2004), 207. Esta obra, a su vez, está traducida del francés.

investigación científica, podría encontrarse una vez que el *homo cercans sapientiae* (la persona en busca de la sabiduría), empieza a hacer Ciencia.

El punto de partida de la investigación científica, en todos los ámbitos del saber, se suele atribuir a Aristóteles, cuando definió a la Ciencia como un *conocimiento cierto por sus causas*⁹; es decir, se elabora Ciencia toda vez que, después de un estudio serio y metodológico, se encuentra una coherencia intrínseca entre las certezas a las que se ha llegado con respecto a las fuentes que han servido de base o inspiración para tales conocimientos *ciertos*: recuérdese que el mencionado pensador hizo Ciencia en ámbitos tan pragmáticos y materiales como la Biología, para terminar sus estudios en las altas esferas filosóficas de la *Metafísica* o estudio del *ser*. De esta forma, la Ciencia se vuelve objetivable y mensurable, hecho que a su vez implica, en mayor o menor medida – dependiendo de cada Ciencia y del grado de progreso en que ésta se encuentre– el acercamiento de la realidad estudiada al mundo científico y del mundo científico a la humanidad en general. En términos más coloquiales, se podría hablar de un dominio o control de la realidad a través del conocimiento; o quizá sea más apropiado definir al progreso científico como descubrimiento o desarrollo intelectual de maduración en el pensamiento, que nos acerca de, por diversos caminos, a la sabiduría.

Además, debe saber el investigador que la conexión que se dará, a partir de ahora y de forma constante, entre el estudio del *ser* desde la perspectiva jurídica y el resto de las realidades concretas y plasmables en Derecho –la norma promulgada y su problematicidad, el análisis crítico de una sentencia, la necesidad de actualización jurídica de una determinada institución social etc.– se logrará a través de dos puentes del conocimiento que unen a los aspectos más filosóficos o abstractos –pero siempre necesarios– con aquellos más concretos o positivos: estos puentes son los denominados *supuestos e implicaciones de las ciencias*¹⁰. El primero es el supuesto ontológico sobre la existencia de un *orden racional* en el ser/obrar de la persona; mientras que el segundo es el supuesto gnoseológico sobre la *capacidad humana de conocer ese orden racional natural*¹¹. A su vez, ambos supuestos son retroalimentados constantemente por el Derecho positivo –es un círculo de mutua implicación y enriquecimiento científico– que busca alcanzar, precisamente, un *orden racional* cada vez más justo, y que está al alcance de las posibilidades intelectuales del investigador: caso contrario no podría crear Derecho y toda posible propuesta científica sería una inútil versión aleatoria *ad infinitum*, sin una base en la realidad.

La Ciencia del Derecho: dificultades y posibilidades

Partiendo de la definición de Aristóteles, el Derecho podría considerarse una Ciencia desde sus orígenes. Los primeros científicos en ámbito jurídico, aunque no se hayan considerado a sí mismos como tales, se planteaban las preguntas más radicales sobre el sentido de *lo justo* en relación a la persona y a las instituciones sociales de la época; y todo esto con el deseo de elaborar toda una propuesta, muy bien pensada, que llegase a conclusiones concretas, racionales, *reales*, prácticas y aplicables al ciudadano de cada momento y lugar. Sus procesos metodológicos podrían desconcertar al científico actual, al descubrir la presencia de diálogos imaginarios que van construyendo postulados sólidos y científicamente válidos: de allí nacen, precisamente, los Principios generales del Derecho, como se estudiará en su momento¹². Más allá de la metodología

⁹ Aristóteles, *Metafísica*, 981 b, 25–30. Tomado de www.filosofia.org, el 2–IV–2014.

¹⁰ Cfr. Mariano Artigas, *Filosofía de la Ciencia*, (Pamplona: Eunsa, 1999), 250–254.

¹¹ Cfr. Mariano Artigas, *Filosofía de la Ciencia, cit.*, 262.

¹² *Vid. Infra*, 5.5.

en forma de diálogo, se trata de estudios capaces de brindar, hasta el día de hoy, construcciones científicas útiles –por su solidez jurídica y su actualidad– en torno a la *πόλις* (*Polis*) o Estado, al matrimonio, la familia, los derechos de la persona, etc. Precisamente por la importancia de tales trabajos jurídicos, sigue vigente el estudio del Derecho romano en casi todos los centros de estudios superiores, y la Doctrina jurídica sigue considerándose como una fuente importante del Derecho¹³.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y al igual que con otras ciencias de corte humanista y social, la Ciencia jurídica se ha visto afectada por una suerte de *reduccionismo científico* de corte práctico que, aún hoy en día, *celebra su triunfo extraordinario*¹⁴. *El germen del pragmatismo se halla implícito en los postulados de toda Filosofía empirista. Ya Bacon afirma que es preciso concebir la ciencia como instrumento de la acción, que para mandar a la naturaleza es preciso obedecerla, y compara la mente a la mano. Para Comte, a pesar de todas sus explícitas reservas sobre la validez independiente de la ciencia, la ciencia es el instrumento de la previsión, y la previsión la condición ineludible de la acción*¹⁵. Es como si el científico posmoderno quisiera quedarse, solamente, con el silogismo categórico aristotélico, olvidando todo el resto del valioso aporte intelectual del estagirita al mundo del pensamiento¹⁶.

La tendencia intelectual en vigor, avalada en el siglo veinte por el Círculo de Viena y puesta seriamente en entredicho por Karl Popper, aunque no haya perdido su vigencia en reconocidos círculos académicos, *ha pregonado una ciencia limitada a los fenómenos sin admitir preguntas acerca de la realidad que fueran más allá de la experiencia*¹⁷. En efecto, se ha impuesto una corriente *que intenta reducir la existencia y toda la realidad a la experiencia conocida a través del método de verificación*

¹³ Vid. *Infra*, 5.4.

¹⁴ Joseph Ratzinger, *Introducción al Cristianismo*, (Salamanca: Ediciones Sígueme, 2005), 64. Dice Ratzinger en la misma obra: *La techné se convierte en la auténtica posibilidad y en auténtico deber del hombre. Lo que antes estaba abajo, ahora está arriba del todo*, 60.

¹⁵ Joaquín Xirau, *Lo fugaz y lo eterno*, (México: Centro de estudios filosóficos de la Facultad de Filosofía y Letras, C. G. E. S. A., 1942), 75.

¹⁶ Escribe más adelante el autor: *La evolución histórica de aquel problema básico (el reduccionismo del pensamiento por parte del sistema científico vigente) se divide en tres etapas fundamentales, condicionadas por la aparición de tres grandes especialidades científicas o grupos de ellas: la Matemática pura en Grecia, la Física matemática en los albores de los tiempos modernos, la Biología y la historia en tiempos actuales. Grecia abstrae de la realidad concreta que se da en la experiencia del sentido común, las relaciones espaciales puras y constituye la geometría. La Filosofía y la cultura toda se impregnan de espíritu matemático. Con ello se refuerza la aspiración especulativa que en una u otra forma corre a todo lo largo de la cultura occidental. (...) La teoría aristotélica del silogismo se halla en estricta correlación con la teoría matemática de las proporciones. Las ideas y las formas estructuran la realidad y le otorgan un sentido y una consistencia racional. El Universo en su totalidad y en cada una de sus partes, se halla perfectamente delimitado como las figuras geométricas en el espacio. Las líneas delimitan los planos, los planos precisan los sólidos. Como sólidos, planos y líneas, las realidades del mundo se estructuran y jerarquizan en una multiplicidad de substancias, cerradas, definidas y subsistentes entre sí. Para todas y cada una de ellas, realizarse es delimitarse, perfilarse, definirse, la realidad y la verdad se hallan en la limitación y la definición. Toda cosa posee un cerco, una substancia su compartimento, su lugar natural. El sistema de los géneros y de las especies y su interdependencia racional, modela, acota, circunscribe y precisa, a partir de los grandes compartimentos categoriales y mediante una red de relaciones coherente y perdurable, sobre el plasma fluyente de la materia amorfa, la realidad mediante de la individualidad substancial. Todo lo que escapa de ella se pierde en la multiplicidad evanescente de la nada. La realidad y la razón que la informa, tienen como la geometría, una estructura completa y acabada. Ibid, pp. 20 y 21.*

¹⁷ Mariano Artigas, *El desafío de la racionalidad*, (Pamplona: Eunsa, 1999), 24.

*empírica*¹⁸. Existe un paradigma de Ciencia, que trabaja como luz a las espaldas del científico actual y que podría resumirse de la siguiente forma: lo que es válido para la Geometría o las Matemáticas, también se aplica válidamente al Derecho, la Filosofía o la Psicología; y lo que no es válido para las Ciencias Exactas o Naturales, es simplemente poesía o fantasía. De allí que la Psicología haya sufrido el triste reduccionismo que la limita a una sofisticada Psicometría; y que la Antropología de las aulas necesite siempre de un calificativo –Antropología *social*, Antropología *cultural*– que la aleje de reflexiones filosóficas hasta reducirla, en el mejor de los casos, a una versión cultural o sociológica de la misma, con el temor de abordar sus dimensiones metafísicas y contristar al sistema dominante¹⁹.

Como consecuencia inmediata de esta forma de entender a la Ciencia, dentro del mundo científico actual existe un reconocimiento especial –casi exclusivo– hacia aquellas ciencias apegadas a una metodología de *corte inductivo*; es decir, aquellas que alcanzan sus resultados partiendo de una investigación que tiene su origen en datos particulares, empíricos y mensurables en un laboratorio; codificables y capaces de someterse a cálculos precisos y todo esto, en desmedro de ciencias más deductivas, que parten de realidades generales para llegar a conclusiones concretas, válidas y no menos científicas. En última instancia, el anhelo casi irreflexivo de clasificar toda la realidad ha empobrecido el horizonte científico, tornándolo inseguro de sí mismo y relativizando aquellos contenidos que se sustraigan de unos esquemas mentales prefijados por los actuales portadores de una limitada concepción de la Ciencia.

Se ha dicho que el Derecho también se ha visto afectado por esta forma *cientificista* de entender el concepto de ciencia, y su razón es sencilla. El objeto del Derecho es la justicia. Y si bien es posible –y necesario– aproximarse a una definición de justicia a través del estudio empírico de poblaciones, tribus, grupos humanos e individuos de todos los tiempos, también es necesario estudiar a la persona y su desarrollo en colectividad, desde la óptica de *lo justo* y por las vías más especulativas que ofrecen los estudios filosóficos y ontológicos del Derecho²⁰: *el desarrollo de las ciencias positivas, por venturoso que sea, expone al hombre, y al científico del Derecho, en nuestro caso, a sufrir cierto número de “reducciones” fatales para su más fundamental especificidad. El hábito de medir nos lleva a creer que gracias al diagrama o a la estadística, el hombre ha sido, al fin, cercado, captado, conquistado (...). Con estas perspectivas exclusivas, lo que se retiene no es sino el hombre mensurable; es decir, el hombre desfigurado, caído por debajo de sí mismo y convertido en objeto. Lo que falta es la humanidad del hombre en su irreductible originalidad (...). Las ciencias del hombre sólo servirán a la humanidad si el científico tiene una aguda conciencia de los límites de sus métodos*²¹. Es inapropiado, pues, menospreciar *a priori* aquellos estudios –con sus respectivos métodos– que facultan al jurista el hecho de poder plantearse las razones últimas del Derecho y hacer Ciencia desde estas nobles perspectivas de un pensamiento sapiencial²².

¹⁸ Giovanni Reale y Dario Antiseri, *Historia del pensamiento histórico y científico*, vol. 3, *Del romanticismo hasta hoy*, (Barcelona: Herder, 1995), 548.

¹⁹ Cfr. Jaime Baquero, “*Ciencia, Filosofía y Derecho: una lectura desde la visión posmoderna*”, *Actualidad Jurídica* 56 (noviembre–diciembre 2013): 7–11.

²⁰ Cfr. Jaime Baquero, “*Prioridades olvidadas: el papel de la Filosofía frente al Derecho*”, *Actualidad Jurídica* 60 (julio–agosto 2014): 6–10.

²¹ Edmund Barbotin, *Humanité De l’Homme*, (Paris: Editions Aubier, 1970), 13.

²² Escribe Barbotin en el prólogo de su obra: *Las desigualdades de desarrollo entre el hemisferio sur y el hemisferio norte del planeta conducen a dos tipos de alienación contrarios, pero igualmente temibles. En el hemisferio sur, un persistente estancamiento económico que priva al hombre de los medios materiales necesarios para la justa afirmación de sí mismo. En el norte, una racionalización técnica siempre*

Para entender mejor lo expuesto hasta ahora piénsese, por ejemplo, en la posible sustentación científica de un ordenamiento jurídico basado exclusivamente en el estudio –serio– de instituciones creadas por mayorías coyunturales pero en todo caso mensurables; o en la elaboración de propuestas científicas destinadas a alcanzar un cierto grado de protección jurídica del individuo y sustentadas únicamente en prácticas sociales difundidas, por el sólo hecho de comprobar, a través de estadísticas y estudios científico-empíricos –serios también– su alto grado de difusión y arraigo. Estos parámetros podrían ser útiles para hacerse cargo de una realidad social concreta, pero de ninguna manera deberían transformarse en la base científica requerida para la fundamentación de un ordenamiento jurídico, por más científico-técnico-cualificado que haya sido un estudio. Se hace necesaria una referencia intelectual más profunda, que plantee las preguntas fundamentales en torno al sentido del ser humano, enfocándolas siempre desde el criterio de *lo justo o lo injusto*: esto también es Ciencia y precisamente esta dimensión de la Ciencia jurídica es la que permite acertar en la propuesta de los puntos imprescindibles sobre los que se edifica el Derecho²³.

De no seguir el camino que se ha planteado, la garantía de *lo justo* estaría en entredicho y completamente a merced del más fuerte, el más astuto; de la ideología política de cada momento o del técnico más hábil en la elaboración de estadísticas y cálculos. La legalidad se transformaría en una cuestión de poder, y no de justicia. Se caería, según una acertada intuición del filósofo existencialista Gabriel Marcel, que en nada resulta ajena frente al utilitarismo reinante, *en la primacía del tener por encima del ser*²⁴. La objetividad científicista puede otorgar la posesión –el “tener”– de conocimientos técnicos y sin embargo, el estudio del *ser* (objeto material del Derecho) desde la perspectiva de la *justicia* (objeto formal del Derecho) exige constantemente una ruptura de esquemas prefabricados, para abrirse a nuevas dimensiones intelectuales que involucran en primera persona al estudioso del Derecho –su “ser”– y lo llevan a garantizar, cada vez en mayor medida, los derechos y libertades fundamentales de todos los seres humanos: es una forma de elaborar Derecho desde el *realismo jurídico*.

Sólo desde allí se entiende y garantiza la evolución constante –fruto de la investigación jurídica libre de prejuicios– que se presenta en los ordenamientos jurídicos estatales y en la propia estructura jurídica de la comunidad internacional, en torno a la garantía, cada vez más humana (*pro “esse” humano*), de ciertos derechos que en el pasado no se consideraban como tales: abolición de la esclavitud, aceptación del voto universal, acceso de las mujeres al mismo ámbito de acción política que los hombres, por mencionar ejemplos conocidos por todos. El “desconcierto intelectual” que permite tal progreso –por romper constantemente los moldes supuestamente intocables de una Ciencia mal entendida como exacta, también en ámbitos jurídicos– es precisamente la puerta de apertura hacia el desarrollo de la Ciencia del Derecho, que tiene su sentido en el *ser* de la persona, entendida en su individualidad y en su colectividad, como se estudiará en el siguiente apartado. Otra forma de concebir la Ciencia del Derecho nos destinaría, injustamente, a investigar en laboratorios.

creciente amenaza con asfixiar a la persona, la esclaviza a la producción y consumición de medios y le impide interrogarse sobre los fines. En aquél no se puede establecer el “cómo”; en éste, se pierde de vista el “por qué”. Ibid, 12 y 13.

²³ Cfr. Jaime Baquero, *El Derecho, ¿para qué?*, 2ª ed., (Quito: Universidad de Los Hemisferios/Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 280 y ss.

²⁴ Giovanni Reale y Dario Antiseri, *Historia del pensamiento histórico y científico, vol. 3, Del romanticismo hasta hoy, cit*, 551.

5.2. La Ley

Nociones generales en torno al concepto de Ley

La legislación²⁵ ocupa el primer lugar dentro de las fuentes del Derecho. Por esta razón, a la hora de abordar el estudio del Derecho como objeto de elaboración científica, su revisión resulta primordial y anterior al resto de fuentes, en orden de prelación. Según la doctrina clásica, podría definirse a la Ley (en particular) o a la norma jurídica (en general), de la siguiente manera: *quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*²⁶; es decir, aquella ordenación racional, orientada al bien común y promulgada por aquel que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad.

El primer elemento característico de la Ley es su racionalidad. Goza ésta de una armonía interna que la dota de orden, sentido en inclusive de armónica belleza, y que es el resultado de la adecuación de la mente del legislador a la realidad de las personas y las cosas objetivables el Derecho. Una realidad que abarca, tanto los aspectos más esenciales del ser humano como aquellos más circunstanciales y que necesitan ser legislados por razones de cultura, tiempo, necesidades relativamente pasajeras, etc. La Ley protege, pues, el ejercicio de unos derechos preexistentes, radicados en la naturaleza humana y que son a su vez la fuente última del *sentido de lo justo*, como señala el aforismo latino clásico: *ius quia iustum, non ius quia iussum*; es decir, la norma debe ser obedecida por su contenido intrínseco de justicia y no simplemente por un tenor literal concreto, cómodo error de un positivismo irreflexivo (hay positivismos reflexivos). La Ley es, por tanto, *una cierta medida de lo justo*²⁷. En estos derechos naturales o “rationales”, si bien existe un componente originario o permanente, anclado al *ser* de la persona (matar siempre será un delito; en caso de duda, la Ley debe inclinarse por la protección de la parte más débil, el trabajador merece un salario justo, todos gozamos de la misma dignidad, etc.), dichos elementos deben armonizarse con otros elementos sociales, políticos y coyunturales de cada nación y de cada época, que le dan a la Ley una forma determinada en cada lugar y tiempo, sin apartarla del *sensus rationalis* que la inspira, sino todo lo contrario: allí entra en juego, nuevamente, el pensamiento creativo del legislador, previa consulta al científico del Derecho. Como ha escrito Emmanuel Kant: *una Jurisprudencia* (en sentido amplio, y no únicamente referida al poder judicial) *desprovista de elementos filosóficos sería semejante a una cabeza sin seso; y nada resultaría en verdad más árido y estéril que el estudio de las normas particulares vigentes en este o aquel lugar, si de esta base empírica no fuera posible remontarse a los principios de donde tales normas proceden y que tienen su asiento en la razón*²⁸.

El bien común, por su parte, es la racionalidad aplicada a las necesidades de la colectividad y garantizada por la norma jurídica. No se promulga una Ley para beneficiar a unos cuantos amigos del legislador, por más sentimiento de amistad, camaradería o lástima que se tenga hacia esas personas; ni tampoco puede ser *causa*

²⁵ Es preferible utilizar la palabra “legislación” en lugar de “ley” por su contenido amplio, globalizante y porque (...) la ley es producto de la legislación. Hernán Salgado Pesantes, *Introducción al Derecho: un esbozo de Teoría General del Derecho*, (Quito: Manuales jurídicos, 2010), 111.

²⁶ Thomas Aquinae, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4. Tomado de: <http://www.corpusthomicum.org/sth2090.html>, el 11-VIII-2015.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Tomado de: Giorgio del Vecchio, *Los principios generales del Derecho*, (Barcelona: Bosch, 1996), 50.

iuris cierta inclinación apasionada –no racional– hacia un grupo político, religioso o social concreto, por empático, gracioso o pintoresco que éste sea. La norma apegada al bien común ampara, de forma racional, a todos y a cada uno según sus necesidades concretas, sin descuidar a nadie. Tal amparo nace de consideraciones racionales puestas en estudio y no de intereses particulares, inclinaciones sentimentales o decisiones precipitadas y poco analizadas: hay que pensar la Ley y el primer paso reflexivo se dará al estudiarla científicamente. Por esta razón, los legisladores prudentes consultan previamente a los académicos expertos en la materia a legislar.

Vigencia de la Ley

La norma jurídica, antes de entrar en vigor, ha sido, pues, anteriormente estudiada y confeccionada, más tarde, por el órgano público competente: la denominada “función legislativa” del Estado, que tiene en sus manos el cuidado de la comunidad –*curam communitatis*– desde la noble tarea (*munus*) de legislar. Posteriormente, la norma jurídica entra en vigor al ser sancionada por el poder ejecutivo, para su final *promulgación* o publicación en el boletín oficial que cada nación posee, para el efecto de hacer público el contenido de la Ley y del resto de normas jurídicas: como es lógico, *para que algo sea practicable debe ser conocido; mientras sea desconocido permanece impracticable*²⁹.

Una vez promulgadas, las normas jurídicas pueden gozar de territorialidad o extraterritorialidad. Así, entrarán en vigor solamente dentro del territorio nacional como por ejemplo, en el caso de leyes relativas a la compraventa de bienes inmuebles. La norma podría también superar los límites territoriales y aplicarse fuera de él: es el caso de las normas cuya jurisdicción se extendiera, por razones del denominado *estatuto personal*, fuera del territorio soberano. Por ejemplo, un marino en servicio activo que incumpliese con sus obligaciones de lealtad frente al Estado en alta mar o en el mar territorial de otro país, deberá ser juzgado por la legislación de su propia nación. Otro caso de jurisdicción personal –y por tanto, extraterritorial– sería la nacida de convenios internacionales que avalaren, v. gr., la extradición de personas frente a la comisión de determinados delitos, aunque éstos se hubiesen cometido o fraguado fuera de los límites de una nación. Cabe señalar, además, que las normas jurídicas elaboradas por órganos supranacionales, para que formen parte del ordenamiento de una nación (suponiendo que ese Estado forma parte del correspondiente organismo, a través de la suscripción y ratificación de los respectivos convenios de adhesión), deben también promulgarse a través del órgano oficial de dicha nación, como el resto de las normas jurídicas; sin excluir, evidentemente, la existencia de un órgano supranacional para publicación de dichas normas³⁰.

Tal como sabe el estudioso del Derecho, no toda norma jurídica entra dentro del concepto de Ley: algunas normas carecen de los elementos esenciales de todo cuerpo legislativo, por cumplir unas funciones, en parte similares a la Ley y en parte distintas (*partim–partim*). Es el caso de los decretos (ejecutivos, legislativos, judiciales o de otras funciones del Estado como los emanados por los órganos electorales o de control); acuerdos, ordenanzas, reglamentos de un cuerpo legal, instructivos, etc. Un decreto ejecutivo no necesariamente se dirige a la *universitas personarum* de un país, y lo haría solamente si tal extensión aplicativa estaría avalada por una Ley. Cuando se trata de reglamentos, su proceso de elaboración suele ser mucho más sencillo que el requerido

²⁹ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, (Pamplona: Eunsa, 2001), 177.

³⁰ Sobre lo escrito, cfr. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, 12ª ed., (Bogotá: Temis, 2009), Parte IV, Capítulos I y III.

para el cuerpo legal que dicho reglamento pretende “reglamentar”. Lo mismo sucede con una ordenanza municipal, cuyos destinatarios son los súbditos de un municipio y no el resto de ciudadanos del país, etc. En las líneas que siguen, el estudio se centrará en la *Lex* como objeto de investigación, y los contenidos se podrán aplicar de forma análoga –*mutatis mutandi*– al resto de las normas jurídicas del Estado.

Estudio científico de la Ley

Es comúnmente aceptado que los elementos esenciales de una Ley son su universalidad y su generalidad. La Ley es universal porque se aplica para todos y frente a todos: *pro omnibus vel erga omnes*. Lo opuesto a “universal” es “particular”: la Ley, pues, no contiene particularidades, sino dejaría de ser una Ley para pasar al territorio de otra norma jurídica. La Ley es general porque no se promulga para regular un caso particular: no se legisla “con dedicatoria”, sino para la generalidad de casos que se *subsuman* al previsto por el tenor literal de un cuerpo legal. Se suele decir, además, que la Ley es abstracta, porque el supuesto jurídico previsto en ella es un ente de razón toda vez que no se “concrete” el *tipo jurídico* contenido en la misma: mientras no existan asesinatos en un país (es un caso utópico pero gráfico), la especificidad de la norma que condena el asesinato queda en una mera abstracción.

Dentro del orden de importancia de las Leyes, el investigador del Derecho debe recordar que existe una prelación clara e inviolable, decodificada en forma de pirámide por Hans Kelsen³¹. El vértice lo ocupa la Constitución o Norma suprema del Estado. Este cuerpo normativo determina la orientación del resto de normas, e inclusive deberá ser respetado por las demás fuentes que originen Derecho en una nación concreta, so pena de caer en la inconstitucionalidad de sus contenidos, inhabilitándolas como instrumentos aplicables y garantes del Derecho. La Constitución suele dividirse en dos partes: aquella que presenta los contenidos dogmáticos que alimentan, no sólo a la Carta magna, sino al Estado mismo; y una segunda parte de corte orgánico, que regula la organización fundamental del Estado³². Para el investigador del Derecho ambas partes son importantes, destacándose como imprescindible objeto de estudio el entramado dogmático de la Constitución, por tratarse del *alma* de todo el ordenamiento jurídico, basado éste en los Principios y Derechos fundamentales establecidos en ella.

Con relación a los Principios jurídicos estipulados en la Constitución, las corrientes constitucionales de las últimas décadas han querido darles una valoración del todo nueva: además de cumplir la importante función de orientar el sentido de todo un ordenamiento en aras, v.gr., a la debida interpretación del Derecho, ahora se insiste en la posibilidad de invocar su presencia en el texto de la Carta fundamental como elemento suficiente para alegar el derecho a una defensa inmediata en los juzgados y tribunales; es decir, se defiende, cada vez con más firmeza doctrinal, la posibilidad de invocarlos frente a una conculcación de derechos subjetivos³³.

³¹ Cfr. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., (Wien: Franz Deuticke, 1960). En castellano: Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 16ª ed., (México: Porrúa, 2009).

³² Al respecto, cfr. Cualquier manual de Derecho Constitucional. Por ejemplo, Francisco Balaguer Callejón (ed.), *Manual de Derecho Constitucional*, 7ª ed., (Madrid: Tecnos, 2012).

³³ A esta corriente jurídica suele denominársela *Neoconstitucionalismo*. Cfr., por ejemplo, Paolo Comanducci, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”, en *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (editor), (Madrid: Trotta, 2003), 75–98.

Racionalidad, positivación y formalización de la Ley

En reconocidos centros académicos, el estudio científico de la legislación suele dar prioridad –y no pocas veces exclusividad– a los aspectos jurídicos más apegados a la norma positiva: su tenor literal y sus procesos de elaboración, interpretación, promulgación, etc. Se trata de una propuesta válida y necesaria, como se ha visto hasta el momento. No cabe duda, por ejemplo, que un error en la promulgación de la norma jurídica podría acarrear su nulidad, con los efectos correspondientes a todo acto jurídico carente de validez legal: *nullum ex quocumque defectu, nullum ex integra causa* (un defecto hace nulo a todo el acto jurídico). No puede faltar la investigación en torno a los aspectos procedimentales y formales que dan origen a los cuerpos normativos vigentes. De hecho, la mayoría de estudios jurídicos empeñan sus esfuerzos en defender a la justicia a través del respeto al *debido proceso* y al orden jurídico establecido, a nivel nacional e internacional; y tal respeto empieza por los aspectos formales: para su garantía existen las Leyes y los tribunales.

Sin embargo, y siendo fieles a la lectura ontológica del Derecho que se propone en este trabajo, el investigador no puede perder de vista que un ordenamiento jurídico debidamente constituido siempre estará sujeto a mejora, y siempre permitirá que se lo sienta en el banquillo de los acusados para someterlo a las preguntas sobre el *por qué* y *el para qué* de sus normas y del contenido de las mismas: eso es hacer Ciencia en el nivel más elevado de investigación, sin limitarse al estudio de la *aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación*³⁴ de una norma vigente, subjetiva o adjetiva. Es innegable que puede darse una evolución –o involución– en el pensamiento y las costumbres de una sociedad; y el derecho no debe quedarse atrás en el primer caso, ni callar en el segundo. Desde esta perspectiva científica que busca las respuestas más radicales sobre la existencia y la forma concreta de una Ley, se abren tres campos de acción para el investigador: *la racionalidad de la Ley, la positivación de la Ley y la formalización de la Ley*.

En primer lugar y como ya se ha estudiado, las leyes son racionales; se elaboran sobre las ideas y no sobre las ideologías. El proceso legislativo para la formación de una Ley –la *ratio legis*– debe estar basado en la búsqueda racional de la justicia –la *ratio iuris*–, que a su vez tiene su origen en el uso debido –*correcta ratio*, según Fernando Inciarte– de la recta razón o *recta ratio*³⁵. La Ley debe ser el reflejo de la racionalidad de un pueblo y por esta misma razón suele suceder que, en las defensa de valores fundamentales, como aquellos contenidos en el concepto de “dignidad humana”, el acuerdo mundial sea unánime. Un ejemplo de lo dicho es el armonioso consenso que existe entre los diversos pueblos, con respecto a la garantía y absoluto respeto de los derechos de cada persona y que están presentes, tanto en los documentos internacionales de ratificación –en su caso– prácticamente unánime³⁶ como en los contenidos dogmáticos –segundo supuesto, mencionado ya– de las Cartas fundamentales de la mayoría de Estados. A su vez, ambos supuestos (de Derecho Internacional y de Derecho Constitucional) demuestran entre sí un parentesco dogmático cercanísimo; y eso ya es una elocuente voz de lo que significa la *racionalidad* en Derecho.

³⁴ Cfr. Art. 3 de la Codificación de la Ley de Casación, Registro Oficial Suplemento n. 299, del 24–III–2004.

³⁵ Cfr. Jaime Baquero, *El Derecho, ¿para qué?*, cit., 334.

³⁶ Cfr., entre los más destacados, *Declaración universal de los derechos humanos*, del 10–XII–1948, *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*, del 16–XII–1966, ratificado por el Ecuador el 6–III–1969, *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*, del 16–XII–1966, ratificado por el Ecuador el 6–III–1969.

Se ha dicho que las leyes se edifican sobre la ideas, precisamente porque el orden jurídico, en última instancia, nace del pensamiento; y el pensamiento, a su vez, se construye a través de las ideas, fruto espontáneo y natural del sano razonamiento. Se razona a través de las ideas, que nacen de procesos intelectuales de abstracción, como se verá en el correspondiente apartado³⁷. Por su parte, el uso de las ideologías, algo que podría resultar un buen instrumento en campos como la política, no debe convertirse en un desafío de la racionalidad en ámbitos legales. En concreto, la Ley está para garantizar los derechos y libertades fundamentales de todos los ciudadanos: educación, salud, *ius connubii* o derecho a contraer matrimonio, libertad religiosa, etc. Sería impropio, por ejemplo, uniformar todos los contenidos educativos que se imparten en los centros de enseñanza, sin dejar espacio para la libre creatividad de los educadores y sus familias: ambas cosas son necesarias, la *recta ratio* del legislador que garantiza una educación adecuada y la libertad del ciudadano para desarrollar su *recta ratio* en los ámbitos donde el derecho a la educación y en última instancia, el sentido común (el *commune sensatum* de los clásicos) se lo permiten. ¿Cuál es el punto de equilibrio? El investigador del Derecho sabrá encontrarlo en cada momento histórico, facilitando el trabajo de legisladores y servidores públicos en general.

En todos los supuestos se trata, por tanto, de proteger la racionalidad de las partes, es decir, la *ratio commune* del ciudadano frente a la *ratio legis* que cumple, a fin de cuentas, la función *subsidiaria* de llegar donde el ciudadano no puede llegar: esto es –siguiendo los casos anotados, aunque podrían mencionarse otros tantos– garantizar una educación pública de calidad, elevar el vínculo matrimonial a la categoría de acto público, garantizar el acceso de toda la población a los servicios básicos de salud, seguridad social, etc. No existe, por tanto, oposición o enfrentamiento entre la cosa pública y la creatividad del individuo de quien nace, con el transcurso del tiempo, esa renovación constante de los presupuestos de la Ley, que de esta forma no queda anquilosada a un momento del pasado sino que se proyecta a las necesidades del presente y del futuro, gracias a la vida misma elevada al rango de Ciencia por los investigadores del Derecho. La ideologización del sistema legislativo, en definitiva, dejaría de lado la concepción de *homo rationalis* que posee la persona, al establecer cuerpos legales sesgados o incompletos y al desconfiar, *a priori*, de las capacidades intelectuales de la población.

El segundo gran campo de investigación con respecto a la producción en ámbitos legislativos, se encuentra en la denominada *positivación de la Ley*, según el reconocido profesor Javier Hervada. Los derechos y libertades que protege un ordenamiento jurídico no son el invento del legislador de ocasión sino que, por el contrario, su raíz encuentra fecundo alimento en la persona y su forma de *ser*: la naturaleza humana es fuente y destinatario del derecho, plasmado en la Ley; y de ella –*ex illa, ex singula persona et ex communitate (principiorum)*– se alimenta constantemente el ordenamiento jurídico.

Si se hace un recuento de la evolución de la norma jurídica a lo largo del tiempo, puede apreciarse un progresivo cuidado, cada vez más acertado, del *ser* de la persona y de su vida en sociedad. Por ejemplo, la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes no siempre estuvo tan desarrollado como en nuestros días: se ha tratado de una progresiva *toma de conciencia histórica*³⁸ de la existencia de tales derechos. Tómese en cuenta: los derechos de los menores siempre existieron, para los niños del antiguo Egipto, para los menores obligados a trabajos forzados en algunas antiguas

³⁷ Vid. *Infra*, 6.3.

³⁸ Cfr. Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, cit., 178.

colonias o en las fábricas, durante el *boom* industrial del siglo XIX³⁹ y para la juventud actual. Sin embargo, la sociedad no siempre tuvo conciencia de la existencia de tales derechos, y la *positivación* de un derecho consiste, precisamente, en ese *paso a la vigencia histórica (...) de una norma natural de derecho, o de un derecho natural*⁴⁰.

Los ejemplos al respecto podrían multiplicarse: algunos ya se han mencionado en el presente estudio –abolición de la esclavitud, aceptación de voto universal, acceso de las mujeres al mismo ámbito de acción política que los hombres⁴¹; y podrían añadirse otros, como la grave obligación del empleador de garantizar el acceso a la seguridad social de sus trabajadores; el derecho universal a la movilidad con las subsiguientes obligaciones jurídicas de las naciones receptoras de migrantes, las obligaciones de los propios migrantes y las de los Estados oriundos de tales migrados, etc. La investigación en este importante ámbito del Derecho debe estar en capacidad de descubrir la existencia de nuevos derechos (y obligaciones), cuya conciencia histórica resulte todavía precaria, como por ejemplo, la reunificación familiar en los casos de migración forzosa: algo se ha avanzado en este campo, pero queda mucho estudio por desarrollarse.

Otro caso que requiere una mayor investigación jurídica, se puede apreciar en todo lo relativo a los derechos y garantías que deben girar en torno a la figura del educador. Al igual que sucede con el amoroso cuidado de una madre, los individuos necesitan recibir, a lo largo de su vida, alimento para su inteligencia y su voluntad; y los encargados de cumplir este rol merecen, según se puede intuir (vagamente, por ahora), una protección jurídica muy especial, precisamente todo lo contrario de lo que está sucediendo en el denominado mundo occidental: en el oriente tradicional, por su parte, el maestro y el anciano han ocupado tradicionalmente un lugar privilegiado dentro del contexto social, por su irremplazable papel de formadores y transmisores de sabiduría.

El último paso que debe ser objeto de estudio e investigación es la denominada *formalización de la Ley*, que consiste en la *tecnificación de los distintos factores y elementos que integran el derecho, mediante el recurso de darles una forma, atribuirles una precisa eficacia, en sí mismos y en relación con los demás, proveer los instrumentos técnicos para realizar y garantizar su eficacia, establecer las condiciones y requisitos para que sean válidos o eficaces, etc*⁴². Tal como consta, esta instancia jurídica es la que permite a un cuerpo normativo gozar de plena vigencia, porque no basta con saber que existe un derecho: hay que incluirlo en el catálogo de las normas positivas de un ordenamiento determinado.

La formalización de la Ley es precisamente el lazo que une al Derecho natural con el Derecho positivo, que no se contraponen sino que se complementan. La *formalización* tiene una función más técnica que filosófica –pero no por eso menos importante– frente a los estadios investigativos anteriores, y encuentra su punto culminante en la promulgación de un derecho, para darle el estatuto de Ley. En este momento se alcanza, por fin, el pleno cumplimiento del ciclo del pensamiento que une al *ser* humano –su realidad, entorno social y ambiental, derechos y obligaciones enmarcadas por la justicia– con la norma jurídica, directa e inmediatamente exigible.

Como se puede apreciar, el marco de investigación, entendido desde la ontología del *ser* (como punto de partida) hasta la vigencia de la norma jurídica concreta, abre un abanico amplio y apasionante de posibilidades que merecen un estudio permanente, para

³⁹ Los ejemplos históricos podrían aumentar. Baste con los citados para evitar alusiones concretas.

⁴⁰ Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, cit., 177.

⁴¹ Vid. *Supra*, 5.1. *in fine*.

⁴² Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, cit., 177.

evitar que los ordenamientos resulten, a la vuelta de poco tiempo, rígidamente anacrónicos y obsoletos.

Para cerrar el presente apartado y con el deseo de dejar constancia al investigador de la plena continuidad que existe entre las fuentes de Derecho natural y el proceso formativo del derecho positivo, a continuación se transcribirá el esquema elaborado por Rafael Cañas Lastarria, sobre el análisis científico de la Ley⁴³.

La investigación de la norma es la función propia de la ciencia del Derecho. El objeto de este conocimiento es desentrañar, aquilatar, aplicar, interpretar, explicar en el conjunto de normas sistematizadas, el significado de este dato que es la norma, para evaluarla. Es investigar la interpretación de la ley.

UNO: Análisis de la norma del Derecho Positivo.

Primero: Ubicar los artículos de la ley que legislan la situación en estudio, dentro del ordenamiento jurídico formado por la Constitución, una docena de Códigos, el cuerpo de (...) leyes, para escoger la norma vigente para el caso.

Segundo: Desentrañar el significado del Derecho, para aplicarlo a la realidad en estudio y de las variables de significación legal, que existen en el asunto por la consulta de: Repertorios de Jurisprudencia, monografías y libros de Derecho en general. Desentrañar también los hechos, para darles valorización; separar los relevantes; establecer los hechos constatándolos; darles a los hechos calidad jurídica; determinar las consecuencias que emanan de los hechos.

Tercero: La interpretación de la leyes la etapa cumbre de la investigación dogmática. Se realiza para darle sentido y alcance, en conexión con las instituciones jurídicas, en un estudio como sistema de normas, de descripción y explicación. Y también para interpretar la ley, cuando no esclara, con los medios o reglas que da la ley.

DOS: Análisis de la norma en la doctrina. La proporciona la ciencia del derecho con su método dogmático para determinar cómo se generan, se interpretan y se aplican las normas. Puede referirse a alguna o a todas de las siguientes materias, dentro de la infinidad de posibilidades que existen:

1. Sistemático: Recurre para interpretar la ley, a la certeza literal del Derecho Positivo, aplicando: Lógica formal aplicada al Derecho. Exégesis. Semiótica. Comparación entre derechos o entre distintas ramas del Derecho.

2. Problemático: Interpreta a la luz de la justicia por: – La Historia de la Ley. La finalidad (teleológica). La comparación (Derecho comparado nacional o internacional). La investigación empírica no sociológica.

TRES: Análisis de la investigación integradora Corresponde a la elaboración reconstructiva del Derecho por el jurista teórico, a través de libros, la cátedra, publicaciones, para interpretar, desenvolver y sistematizar, en una labor de construcción de conceptos e instituciones y de sistematización del ordenamiento⁴⁴.

⁴³ Rafael Cañas Lastarria, *Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Vol. 0, N. 2, (enero 2010): 265–272.

⁴⁴ Rafael Cañas Lastarria, *Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo*, cit., 270–271.

5.3. La Costumbre

Su razón de ser como fuente del Derecho

La segunda fuente del Derecho que puede ser estudiada como objeto de investigación por parte del jurista es la Costumbre. Desde una perspectiva cronológica, podría considerarse a ésta como la primera vertiente de donde emanan elementos jurídicos apropiados para la organización de una sociedad; y esto es así puesto que las prácticas sociales que en un momento se vuelven consuetudinarias, nacieron de la vida misma de pueblos y comunidades hasta transformarse en pautas de comportamiento social, dando paso, sólo después y no en todos los casos, a la fijación de tal costumbre en el tenor de la Ley.

Desde luego, no toda costumbre genera Derecho. Si una práctica social habitual contiene elementos de fuero externo que implican *relaciones debidas en justicia*, y dicha práctica es considerada por la comunidad como una norma no escrita que debe ser cumplida, ocurre entonces que tal costumbre pasa a formar parte del Derecho, a la manera de fuente primaria y directa del mismo. Un ejemplo claro de la vigencia del Derecho consuetudinario es la legislación de los pueblos indígenas, donde no han perdido vigencia tradiciones jurídicas pluriseculares que garantizan el bien común de tales comunidades. Los ordenamientos actuales procuran adaptar su normativa de tal manera que se respete el valor jurídico de dichas costumbres, sin imponer las propias. El Derecho consuetudinario de las minorías étnicas merece un estudio profundo y serio: abre las puertas a un campo de investigación poco explorado y no pocas veces observado desde lejos, con cierto prejuicio y desconfianza por parte del estudioso formado en las categorías jurídicas francesas, españolas, alemanas, etc. Es mucho lo que se puede aprender de la organización jurídica de estos pueblos, inclusive para comprender las raíces mismas de las grandes naciones mestizas.

Pero no son solamente los pueblos ancestrales quienes hacen uso de la Costumbre como fuente del Derecho: *también existen sociedades muy desarrolladas – como la inglesa y en general (...) los países pertenecientes a la Commonwealth del Reino Unido– (...) donde la costumbre mantiene su rango*⁴⁵ de fuente primaria y directa para la exigibilidad de derechos y obligaciones. *El sistema jurídico anglosajón da gran importancia a la costumbre integrada en el Common law*⁴⁶.

Aunque pueda darse la impresión de haberlo dicho todo sobre los ámbitos donde puede regir directamente la Costumbre, la realidad es distinta. Si se estudia al Derecho Internacional público, es evidente que existe un marco legal–positivo claro que ampara las relaciones entre los Estados y las organizaciones supranacionales. Sin embargo, muchos usos y costumbres en ámbitos internacionales, diplomáticos y consulares, están empapados de costumbres antiguas –*inveterata consuetudo*⁴⁷– que no siempre encuentran un fundamento en la norma escrita. Tal es el caso, por ejemplo, de ciertas ceremonias protocolarias que siguen rigurosamente formalidades no escritas, respetando grados de importancia y prelación que se conservan a través de antiguas costumbres vigentes. Esto podría explicarse por la fuerte carga consuetudinaria que siempre tuvo –y sigue conservando– el Derecho Internacional, y quizás también por

⁴⁵ Hernán Salgado Pesantes, *Introducción al Derecho: un esbozo de Teoría General del Derecho*, cit., p. 121.

⁴⁶ Hernán Salgado Pesantes, *Introducción al Derecho: un esbozo de Teoría General del Derecho*, cit., p. 121.

⁴⁷ *Vetus, véteris* significa “antiguo”.

tratarse de prácticas reiteradas que no encontraban cabida en los ordenamientos nacionales de cada parte y que, sin embargo, debían respetarse para alcanzar una armonía, tanto en las regiones que incluían varias naciones como en las tierras denominadas coloniales, donde se presentaba, con facilidad, una cierta propensión al conflicto de intereses entre los países colonizadores⁴⁸. Así, el conocido principio que reza: *pacta sunt servanda, rebus sic stántibus* –los pactos deben ser observados mientras las condiciones se mantengan inalteradas– o las reglas que regían en el Derecho de guerra o *Ius belli*, eran fuentes directas de Derecho, emanadas por la costumbre jurídica⁴⁹. En definitiva, el *Ius Gentium*, Derecho de Gentes o derecho Internacional (las “gentes” somos todos) se ha definido, según costumbre, como (*quod*) *naturalis ratio inter omnes homines constituit*⁵⁰, aquel orden racional que ampara a todas las personas.

La costumbre, no sólo como fuente de Derecho, sino también como origen de un *ordo vitae* o comportamiento social, siempre deberá someterse a una constante *revisión racional*, para evitar –al igual que en el caso de la Ley– una fijación innecesaria, anticuada o inclusive irracional e injusta. Se cuenta que una madre enseñó a su hija a cocinar. Cuando debía freír un filete de carne, más largo que ancho, lo cortaba en cuatro trozos. La niña preguntó a su madre sobre el *porqué* de aquella tradición, y ella le respondió que así lo había aprendido de su madre, la abuela de la niña. Esta pequeña no se conformó con la respuesta y fue a la *f fuente de la información*, haciendo la misma pregunta a la abuela, quien le contestó, para su asombro, que el “corte en cuatro partes” tenía una razón práctica: en ese tiempo, el sartén era pequeño y hubiese sido imposible colocar el filete entero dentro de él. Tal costumbre, por tanto, ya no tenía razón de ser. El investigador del Derecho debe *ir a las fuentes*, con sed de saber el *porqué* y el *para qué* de las normas y costumbres en uso, con el deseo de aportar nuevos elementos jurídicos a los ya vigentes.

Conflicto de costumbres

Al momento de investigar sobre la Costumbre como fuente del Derecho, podría darse también el caso de encontrar un conflicto entre dos costumbres. Según la mentalidad occidental, la tendencia silogística suele ser la de rechazar una de ellas para dar valor jurídico a la otra. Sin embargo, esta actitud –*aut aut*, o la una o la otra– no siempre es la única solución. Si se analiza la estructura del silogismo clásico, solamente los juicios contradictorios son conceptualmente opuestos, mientras que los denominados juicios contrarios, subcontrarios o subalternos, tienen elementos en común que pueden permitir un engarce o complementariedad entre ellos. Y lo que se ha dicho desde un punto de vista de la estructura lógica de los juicios, también es aplicable –y con muchas más densidad conceptual– en el plano ontológico, donde el *ser* de las cosas se muestra en armonía con la realidad y solamente encontrará completa incompatibilidad frente al *no ser*. Por ejemplo, si existe la costumbre de robar al asumir un puesto público determinado, la única costumbre que cabe –jurídicamente válida, se entiende– es la opuesta: no robar, porque quien no roba es honesto; y el que roba no lo es, mereciendo, más allá de las sanciones éticas –descritas en un código de comportamiento, por ejemplo– una sanción jurídica.

⁴⁸ Al respecto, cfr. Cualquier manual de la materia, por ejemplo, José Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 16ª ed., (Madrid: Tecnos, 2012), Cap. II.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Tomado de: Fernando de los Ríos, *Religión y Estado en la España del Siglo XVI*, (Sevilla: Biblioteca histórica, 2007), 181.

La Costumbre y la interpretación de la Ley

La Costumbre es, además, un instrumento jurídico idóneo a la hora de interpretar una norma jurídica confusa; o para resolver el conflicto jurídico que se presenta en el supuesto caso de existir dos o tres normas jurídicas de difícil armonización. Según la tradición jurídica de occidente, *consuetudo, óptima legum intérpretes*; es decir que la costumbre es la mejor –la más óptima– forma de interpretar las leyes.

Por último, es recomendable que el investigador del Derecho estudie a las costumbres –sociales y jurídicas– de los países del lejano oriente. Existe una tradición casi unánime en estos pueblos, que hace de la honra y del valor de la palabra dos principios consuetudinarios, *prejurídicos* pero fundamentales. A partir de allí, la “casi” necesidad, presente en ciertas naciones, de promulgar leyes y más leyes con el fin de evitar comportamientos inclinados a la trampa o la astucia, pasaría a un segundo plano; y la consecuencia inmediata podría ser la solidificación de las costumbres sociales, en forma de tradiciones sociales –unas con efectos jurídicos, otras no– que pasaren de padres a hijos. En este sentido, es sumamente enriquecedor aprender del Japón tradicional: ésta nación ha demostrado poseer una mentalidad alejada de la *ideología de la sospecha*; tan difundida en las dinámicas sociales de un occidente autocalificado de civilizado y civilizador. Se aprende mucho al reflexionar –para pensar y aprender– sobre las costumbres y tradiciones orientales⁵¹.

⁵¹ Cfr. Jaime Baquero, *El Crisol del Guerrero: búsqueda de la perfección en la artes marciales*, 2ª ed., (Quito: Universidad de Los Hemisferios, 2015), 21 y ss. Existen códigos de conducta rigurosamente respetados en épocas concretas. Los guerreros respetaban el *Bushido*; los artistas marciales el *Dojokum* o el *Nijukum*, etc.

5.4. La doctrina jurídica

Auctoritas vel ratio

Como se ha explicado al analizar las anteriores fuentes del Derecho, la *ratio* o razón natural juega un papel primordial a la hora de plantearse una investigación jurídica rigurosa. En el caso de la doctrina jurídica, la mirada parece, aparentemente, desviarse de la *ratio* y dirigirse hacia la *auctoritas* o autoridad de aquellos tratadistas que dejaron una huella en el estudio y la aplicación de lo justo en la sociedad de su tiempo. Recuérdese, por ejemplo, que en cierto momento de la historia de la Roma clásica, la aplicación del Derecho por parte de los jueces debía pasar, obligatoriamente, por el análisis de los argumentos que, al respecto, habían presentado Papiniano, Paulo Ulpiano, Modestino y Gayo. Se trataba –y se trata– de una aparente oposición entre la *auctoritas* y la *ratio*, ya que la doctrina jurídica clásica está profundamente enriquecida a través de serias reflexiones y pensamientos en nada superficiales y que siempre giran en torno a la persona, el Derecho y su justa aplicación en sociedad.

La doctrina jurídica es amplia y no se limita a los contenidos de la época de la Roma clásica que han sobrevivido hasta nuestros días. Existe una producción doctrinaria permanente, que adecúa el Derecho a la mentalidad de las nuevas sociedades; aportando elementos válidos, sobre todo, para el enriquecimiento de la legislación y la jurisprudencia, sin descuidar su validez en la formación de los nuevos profesionales en ámbitos jurídicos, políticos y de Relaciones internacionales. Por tanto, un estudio *in extenso* de la doctrina es siempre enriquecedor y necesario para conservar la adecuada mentalidad jurídica al día: ésta es una nueva invitación al investigador del Derecho.

La doctrina clásica en la formulación de la noción de Justicia

Los estudios doctrinarios abarcan todos los campos del Derecho. Sin embargo, por el interés que pueda significar para el investigador y siguiendo la línea metodológica del presente estudio, consideramos importante presentar únicamente una breve referencia doctrinal sobre la noción de justicia radicada en el *ser* personal, contrastándola con algunas corrientes que podrán considerarse a sí mismas como doctrinales, pero que deberán soportar, previamente, un análisis exterior, ajeno a ellas mismas. El conocido *Digesto* define a la justicia de la siguiente forma: *honeste vivere alterum non laedere suum cuique tribuere*; esto es: *vivir honestamente, no hacer daño al otro, dar a cada uno lo suyo*⁵². A su vez, Cicerón afirma en su emblemática obra sobre las Leyes: *hemos nacido para la justicia –ad iustitiam esse natos– y (...) no ha sido constituido el derecho por la opinión, sino por la naturaleza (natura constitutum)*⁵³. Y más adelante, no duda en concluir: *síguese, pues, que la naturaleza nos ha hecho justos para participar el uno del otro (...). Pues a quienes ha sido dada por la naturaleza (a natura) la razón, a ellos mismos ha sido dada también la recta razón; luego también la ley, la cual es la recta razón en el mandar y prohibir (recta ratio in iubendo et vetando); si la ley, también el derecho; es así que a todos (ómnibus) ha sido dada la razón, luego el derecho ha sido dado a todos*⁵⁴.

⁵² Justinianus, *Digestum*, 1, 1, 10. Tomado de: www.schoyencollection.com, el 3–III–2015.

⁵³ Marcus Tullius Cicero, *De Legibus*, Cap. X. tomado de www.historicodigital.com, el 4–IV–2015. Frase original completa: *Nos ad iustitiam esse natos, neque opinione sed natura constitutum esse ius.*

⁵⁴ *Ibid.* A continuación el párrafo completo: *Sequitur igitur ad participandum alium cum alio communica, dumque, inter omnes ius nos natura esse factos. Atque hoc in omni hac disputatione sic intellegi, quo dicam naturam esse; tantam autem esse corruptelam malae consuetudinis, ut ab ea tamquam igniculi*

En el primer caso, Justiniano, antes de enunciar el conocido *ius suum*⁵⁵ o derecho de cada uno, recurre a un elemento que cierta doctrina jurídica contemporánea –aquella que intenta reducir el Derecho a una Ciencia meramente técnica, hija de la *tecné* dominante– llamaría *extrajurídico*⁵⁶: la vida honesta, *honeste vivere*⁵⁷. Esta manera de definir a la justicia encierra una de las claves fundamentales para comprender que la justicia no se entiende a sí misma sin unos conceptos antropológicos sustentados en la *ratio commune*: la vida honesta. El segundo autor complementa lo dicho al explicar, sin ambages, que *la naturaleza humana nos ha hecho justos*; es decir, en ella y desde ella (*ex illa*), bien entendida por la recta razón, radica la fundamentación del mandar, prohibir y, en definitiva, de todo el ordenamiento jurídico: *la naturaleza del derecho (...) ha de ser sacada de la naturaleza del hombre*⁵⁸. Son razonamientos sencillos y claros que, sin embargo tienden a excluirse del ámbito científico actual, por tratarse de deducciones que parten de nociones amplias y comunes a todos –naturaleza humana, recta razón, justicia– y que contradicen a la denominada *dictadura del relativismo*⁵⁹ que en ciertos ámbitos científicos se ha elevado al rango de dogma, para caer en otros dogmas metodológicos y sumamente cuestionables. Por contraste, es imprescindible destacar que los documentos citados sostienen, en frase impecable del jurista Gayo, y resumiendo lo escrito hasta el momento, la existencia de un derecho *que la razón natural –vero naturalis ratio– ha constituido entre los hombres*⁶⁰.

Los juristas clásicos apenas estudiados intentan demostrar, a través de las reflexiones plasmadas en sus conocidos documentos, un auténtico *humanismo jurídico*: estudiaron a la persona (objeto material) desde la perspectiva jurídica (objeto formal) como un *totum*, capaz de ser analizado por la recta razón. Desde esta visión *holística*⁶¹ y preeminentemente deductiva, el estudio del Derecho empezaba sus andanzas apoyado en la Filosofía –que le daba su necesario sustrato conceptual– y en otras ciencias humanísticas, eludiendo de raíz el riesgo de caer en positivismo proclives al utilitarismo, según conveniencia de pocos y no de todos, como insiste Cicerón: *si la justicia (...) no está en la naturaleza, y (...) es constituida por causa de utilidad, por otra utilidad es destruida*⁶². En esta misma línea de argumentación, merece destacarse también, las abundantes referencias de Cicerón a pensadores no juristas –pero auténticos

extinguantur a natura dati, exorianturque et confirmentur vitia contraria. Quodsi, quo modo sunt natura, sic iudicio homines 'humani, ut ait poeta, nihil a se alienum putarent, coleretur ius aequae ab omnibus. Quibus enim ratio a natura data est, isdem etiam recta ratio data est; ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando; si lex, ius quoque; et omnibus ratio. Ius igitur datum est omnibus. Cap. XII. Llama la atención cómo Cicerón recurre al “poeta” para sostener algún aspecto de su magnífica argumentación jurídica.

⁵⁵ Justinianus, *Digestum*, 1, 1, 10, *cit.*

⁵⁶ Cfr. Jaime Baquero, *El derecho, ¿para qué?*, Universidad de Los Hemisferios/Corporación de Estudios y Publicaciones. 2ª ed., Quito, 2010, Cap. X.

⁵⁷ Justinianus, *Digestum*, 1, 1, 10, *cit.*

⁵⁸ Marcus Tullius Cicero, *De Legibus*, Cap. V. El texto original es el siguiente: *Natura enim iuris explicanda nobis est, eaque ab hominis repetenda natura.*

⁵⁹ Cfr., por ejemplo, Joseph Ratzinger/Benedicto XVI, *Audiencia general*, 5-IV-2005.

⁶⁰ Gaii, *Institutionum*, (in *códice rescripto bibliothecae capitularis veronensis*), (Madrid Typis Societatis Literariae et Tipograficae, 1845), *Commentarius primus*. Traducción: (*Ius quod vero naturalis, ratio inter omnes homines constituit.*

⁶¹ Cfr. Jaime Baquero, *Ciencia, Filosofía y Derecho: una lectura desde la visión posmoderna*, *cit.*

⁶² Marcus Tullius Cicero, *De Legibus*, Cap. XV. El texto original es el siguiente: *Quodsi iustitia est obtemperatio scriptis legibus institutisque populorum, et si, ut eidem dicunt, utilitate omnia metienda sunt, negleget leges easque prerrumpet, si poterit, is qui sibi eam rem fructuosam putabit fore. Ita fit ut nulla sit omnino iustitia, si neque natura est et ea quae propter utilitatem constituitur utilitate alia convellitur.*

científicos de su momento— como Sócrates y Pitágoras⁶³; y a historiadores como Catón o Quinto Fabio Píctor⁶⁴. En definitiva, la lección a aprender es la de un Derecho *humanizado* desde lo más profundo de sus raíces, por la Filosofía, la Historia y otras ciencias; recurriendo siempre —*semper et in omnibus terminis*— al *ser* personal como eje de la construcción —e investigación— jurídica de ese tiempo y de los tiempos que corren.

De ello puede deducirse que el Derecho, comprendido a raíz de las categorías intelectuales de los autores citados, debe estudiarse desde la armonía total del ser humano, individualmente y en colectividad. Y aunque queda en evidencia que ésta es la enseñanza de pensadores clásicos, griegos y latinos, es justo destacar que también se encuentra esta suerte de “sabiduría natural” en las líneas de pensamiento precolombinas —es el caso, por ejemplo, de los principios que sostienen a las culturas kichwa⁶⁵ o aimara⁶⁶— así como en la sabiduría del lejano oriente, reflejada en los preceptos del *Bushido* o camino del guerrero⁶⁷, por citar una fuente bastante conocida. Es imposible, pues, elaborar auténtica ciencia sin un norte intelectual que tenga a la persona como principio, centro y fin: todas las ciencias y las artes —*omnes (...) scientiae et artes*— se ordenan a una sola cosa —*ordinantur in unum*— que es la perfección del ser humano: *hominis perfectionem*⁶⁸.

Que las citas mencionadas sirvan al investigador del Derecho para darse cuenta que, así como es necesario estar al día en los avances de la doctrina jurídica, también es importante volver, una y otra vez, sobre los documentos jurídicos clásicos, para no caer en rigideces positivistas o en modas supuestamente progresistas del pensamiento. *La ciencia, entronizada desde los parámetros académicos posmodernos, ha recibido el título implícito de “sacra”, por sus dogmas procesales irrefutables y por tener unos súbditos fieles a un sistema tecnocrático, cerrando con sus propios métodos al libre y natural acceso a la verdad, pero vendiéndose al mundo —¡gran paradoja!— como un sistema “abierto”; cuando todo sistema es, per se, camino, y no destino. Es la cosificación fosilizante, unilateral y arbitraria, del método científico. Si los pensadores citados hubiesen vivido en este tiempo de reduccionismo científicista⁶⁹, hubiesen sido tachados, con toda seguridad y no sin cierta sorna, de poetas: por fortuna, tuvieron la dicha de expresarse, sin cortapisas, en épocas de auténtica libertad intelectual.*

⁶³ Marcus Tullius Cicero, *De Legibus*, Cap. XII.

⁶⁴ Marcus Tullius Cicero, *De Legibus*, Cap. II.

⁶⁵ Se puede estudiar, por ejemplo, el *Preámbulo* de la *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial n. 449, del 20–10–2008.

⁶⁶ Cfr. <http://www.ilcanet.org>, revisado el 4–IV–2015.

⁶⁷ Cfr. Jaime Baquero, *El crisol del guerrero: búsqueda de la perfección en las artes marciales*, cit. Cfr. también www.nagare-ryu.com, revisado el 28–VIII–2015.

⁶⁸ Thomas Aquinae, *In Duodecim Libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio*, Proemium. Tomado de www.corpustomisticum.org, el 18–IX–2015.

⁶⁹ Mariano Fazio, *Al César lo que es del César: Benedicto XVI y la libertad*, (Madrid: Rialp, 2012), 69.

5.5. Los Principios generales del Derecho

Origen

En la actualidad, la configuración de los ordenamientos jurídicos occidentales está fundamentada en el denominado *ius conditum*; es decir, en la norma existente, “hecha”, escrita, vigente y obligatoria para todos. El *ius conditum* otorga, según la doctrina clásica, seguridad jurídica al Derecho de una nación: todos saben a qué norma remitirse y a cuales consecuencias jurídicas atenerse en el supuesto caso de violación del Derecho vigente o *ius codificatum*. El *ius conditum* es, por tanto, una forma estable e inclusive cómoda de aplicar el Derecho.

Sin embargo, el investigador no puede negar que una reducción del Derecho a su expresión escrita lo convierte en *facili vittime della già accennata illusione ottica*⁷⁰, víctima fácil de una ilusión óptica, al limitar todo estudio jurídico a un análisis lingüístico (morfológico y sintáctico), lógico, hermenéutico y conceptual de los textos legales vigentes, hasta lograr que el involucramiento del investigador con el *Ius* tenga algo de artificial (*involucro artificiale*) o al menos superficial: por este estrecho sendero es muy difícil dar el salto del *ius conditum* al *ius condendum*, es decir, del Derecho escrito al Derecho que está en camino de ser formalizado. Como se ha explicado, el Derecho es una realidad viva, latente y en constante evolución⁷¹; y si alguien debe estar al tanto de sus posibles adelantos –o retrocesos– y adelantarse a estudiarlos de una manera científica, es precisamente el investigador. El jurista podrá gloriarse de ignorar el Derecho y de conocer solamente la Ley; el investigador debe, por su parte, conocer ambas cosas, explicando a la norma cuál es la razón de un tenor literal concreto. Esto significa, precisamente, que quien investiga sobre Derecho no puede dejar de interesarse por el origen y el final de la Ley: origen entendido como razón de principio; y final, en el sentido de estar en capacidad de dar una lectura acertada a los signos de los tiempos, para advertir al legislador cuando llegue el momento de actualizar –o *desgajar*– un cuerpo legal específico, no por conveniencias particulares, luchas ideológicas o intereses de poder, sino a causa de un *realismo jurídico* que pide, desde el sentido común aplicado al Derecho, el estudio y la posterior promulgación de una norma más justa –acorde con cada momento histórico concreto– para el pueblo.

Es precisamente en este *momento jurídico* cuando entra en juego el recurso a los Principios generales del Derecho. Los Principios se remontan, como se ha escrito, al origen del Derecho: por su naturaleza tienen *razón de principio*. Son nociones jurídicas que han mantenido vigencia a lo largo de los siglos, hasta adquirir un prestigio especial, no a causa de quien los plasmó, sino por los contenidos de sabiduría que encierran en sí mismos, pues *emanan de la razón jurídica*, según ha sintetizado Giorgio del Vecchio⁷². En otras palabras, su apegamiento (*apud iuris rationalis*) nada forzado a una espontánea y natural *ratio iuris* o racionalidad en Derecho, los ha convertido en valederos referentes para distintas épocas y lugares. Contienen una invitación desinteresada (vale la pena insistir en su independencia frente a escritores, corrientes, escuelas u otras realidades que pretendan, en sus estudios, un prestigio ajeno a la pura sabiduría) a enriquecer el acervo científico–intelectual del investigador en Derecho; quien, a su vez, deberá estar

⁷⁰ Giuseppe Graneris, *Contributi tomistici alla Filosofia del Diritto*, (Tornino, Milano, Genova, Parma, Roma, Catania: Società Editrice Internazionale, 1949), 37.

⁷¹ *Vid. Supra*, 5.1.

⁷² Giorgio del Vecchio señala en la frase completa: *Los principios generales del Derecho emanan de la razón jurídica natural y representan al mismo tiempo las directrices fundamentales del sistema Positivo*. Tomado de su obra: *Los principios generales del Derecho*, (Barcelona: Bosh, 1971), 79 y 80.

en capacidad de presentar al mundo académico y político las riquezas de tales contenidos, aplicados en cada momento histórico y en cada lugar con la renovada novedad que esa época requiere y con las particularidades de identidad que poseen las diferentes regiones del planeta.

La función práctica de lo teórico

Una función práctica de los Principios es la de convertirse en instrumento adecuado para la interpretación e integración de la Ley: se interpreta la Ley cuando es confusa y aparentemente –o realmente– contradictoria; y se integra la Ley cuando existen vacíos legales por falta de norma sobre un tema específico⁷³. Para que se cumplan estas funciones, no son pocos los ordenamientos que se remiten a los Principios generales. El reconocido Código Civil elaborado por Andrés Bello señala: *a falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se recurrirá a los principios del derecho universal*⁷⁴.

Sin embargo, como puede deducirse de lo estudiado hasta ahora, no es ésta, ni la única ni la más importante función práctica de los Principios del Derecho. La virtud moral de la Epiqueya (ἐπιείκεια) se basa precisamente en la consideración de que la norma jurídica, por ser universal, general y abstracta, podría caer en injusticias para casos concretos, si se aplicara en toda su literalidad. Así, y con el deseo de conservar en todo momento el valor supremo del Derecho –la justicia– el juez, el administrador público o cualquier persona investida de autoridad por parte del ordenamiento jurídico, permitirá al súbdito eximirse de la observancia literal de una norma para respetar, a fin de cuentas, el espíritu más profundo de la misma norma. De esta manera, la Epiqueya, considerada en su origen como una actitud virtuosa del que la aplica, podría ser catalogada, desde la óptica humanista del Derecho, como una institución jurídica.

La Epiqueya ha sido motivo de estudio por parte de autores de la talla de Platón, Aristóteles, Alberto Magno, Tomás de Aquino o Francisco Suárez. Al respecto, ha escrito Tomás de Aquino, con una claridad que merece la gratitud del lector y que podría escandalizar al amante irreflexivo de la norma positiva: *Por ser los actos humanos, sobre los que recaen las leyes, singulares y contingentes, que pueden ofrecer ilimitadas formas, no fue posible establecer una ley que no fallase en un caso concreto. Los legisladores legislan según lo que sucede en la mayoría de los casos, pero observar punto por punto la ley en todos los casos va contra la equidad y contra el bien común, que es el que persigue la ley (...). En éstas y similares circunstancias sería pernicioso cumplir la ley a rajatabla (malum esset sequi legem positam); lo bueno es, dejando a un lado la letra de la ley (praetermissis verbis legis), seguir lo que pide la justicia y el bien común. Y a esto se ordena la epiqueya, que entre nosotros se llama equidad*⁷⁵.

A continuación se ejemplificará la aplicación de la Epiqueya, por si resta alguna duda en el lector. Un empleado que está obligado a trabajar unos días determinados, tal

⁷³ Cfr. Marco Gerardo Monroy Cabra, *Introducción al Derecho*, cit., Parte III, Capítulo I.

⁷⁴ Artículo 18 del Código Civil ecuatoriano, elaborado por Andrés Bello. Séptima edición, Suplemento del Registro Oficial n. 104, del 20–XI–1970. Últimas reformas: Segundo Suplemento del Registro Oficial n. 843, del 3–XII–2012.

⁷⁵ Tomas Aquinae, *Suma Theologiae*, II–II q. 120 a. 1 co. Tomado de www.corpustomisticum.org, el 15–VIII–2015. El texto original es el siguiente: *Quia humani actus, de quibus leges dantur, in singularibus contingentibus consistunt, quae infinitis modis variari possunt, non fuit possibile aliquam regulam legis institui quae in nullo casu deficeret, sed legislatores attendunt ad id quod in pluribus accidit, secundum hoc legem ferentes; quam tamen in aliquibus casibus servare est contra aequalitatem iustitiae, et contra bonum commune, quod lex intendit (...). In his ergo et similibus casibus malum esset sequi legem positam, bonum autem est, praetermissis verbis legis, sequi id quod poscit iustitiae ratio et communis utilitas. Et ad hoc ordinatur epieikeia, quae apud nos dicitur aequitas, cit.*

como lo estipulan las leyes, reglamentos y otras normas internas de una empresa, podrá recibir un día de descanso *fuori lege* por parte de su empleador, al sufrir una calamidad doméstica no prescrita en la Ley como causal de descanso o vacación forzada pero que, para ese caso concreto –por tratarse de algo que afecta grandemente al empleado– hace conveniente el descanso. Como el espíritu último de las normas laborales es el de proteger al empleado, también se pretende alcanzar un trabajo bien hecho y protegido en justicia. Por lo tanto, lo más justo será, para ese caso y precisamente para garantizar un trabajo bien realizado, otorgar esa vacación extra, no escrita ni estipulada en ninguna parte: esto es la Epiqueya, y en este momento entran en juego los Principios generales del Derecho, que dan al empleador la necesaria flexibilidad –ajena a rigideces interpretativas de la norma escrita– para proceder, con sentido común, de la manera más justa. Esto lo entiende aquel que posee el hábito personal de la Epiqueya: aquel que no lo posea, pensará que se trata de un desorden, un abuso del empleado, un absurdo procedimental, un salirse de la norma escrita, etc. Dicho de forma coloquial, la Epiqueya permite entender, sin una “rotura de cintura”, que la justicia está más allá de la norma escrita: el Derecho positivo al servicio de la persona, y no al revés.

A pesar de lo señalado, sigue latente una pregunta: ¿qué papel juegan los Principios generales del Derecho –teóricos y antiguos para la mentalidad práctica y moderna de algunos investigadores de hoy– en la práctica concreta de la Epiqueya? La formación académica del jurista, a través de los Principios jurídicos, será una herramienta que aproxime su comportamiento a la justicia, alejando las decisiones del rigor de la Ley cuando sea necesario. Siguiendo con el ejemplo anterior, hay varios principios de Derecho que tienen su raíz en la Epiqueya y ponen al empleador en sintonía, directa e indirecta, frente a las necesidades del trabajador: *in dubio pro reo*, *pro operario*, *pro debilis* –en caso de duda se actuará a favor del reo, del trabajador y, en definitiva, de la parte más débil; *aequitas praeferetur rigori* –la equidad o Epiqueya es preferible al rigor; *exceptio declarat regulam* –la excepción muestra la regla; *bonus iudex varie ex personis casusque constituet* –el buen juez (en este caso, el empleador) sentenciará (decidirá) de forma diferente según las personas y situaciones; etc.

Lo que se ha procurado demostrar con respecto a la Epiqueya, sobre su importancia y su enraizamiento en unos Principios generales del Derecho, podría hacerse con otras ramas, instituciones o realidades jurídicas más ordinarias, sustentadas en sabios aforismos latinos, transmisores a su vez de los Principios jurídicos que han sobrevivido hasta nuestros días a fuerza de realismo jurídico. Se trata de principios que garantizan la justicia en base al *ser* personal y sus circunstancias reales. Tan cierto es esto que existen innumerables Principios jurídicos, nacidos de la experiencia del Derecho romano y que regulan, entre otras, la debida interpretación del Derecho: *ubi verba non sunt ambigua, non est locus interpretationis* (cuando las palabras no son ambiguas, no hay lugar para la interpretación); la vigencia de una norma frente a otra: *lex posterior derogat priori* (ley posterior deroga la anterior); el Derecho penal: *nulla poena sine lege previa* (no hay pena sin una ley previa que la estipule); las operaciones contractuales y las obligaciones en general: *finito officio, cessant onera officii* (cuando concluye la obligación, cesan las cargas de la obligación); el derecho matrimonial: *consensus facit nuptias* (las nupcias nacen de la voluntad de las partes); la organización del Estado: *pessima tempora, prurimae leges* (dejo la traducción como tarea para el lector); etc⁷⁶.

⁷⁶ Cfr., por ejemplo, María Barbería, *Diccionario de Latín jurídico*, (Buenos Aires: Valetta Editores), 158–200.

5.6. La Jurisprudencia

Su importancia en la formación del Derecho

La última fuente del Derecho que debe ser objeto de investigación es la Jurisprudencia. Al igual que la Ley, se trata de una forma directa e inmediata de aplicar justicia, a diferencia de las otras fuentes del Derecho que han sido objeto de estudio – Costumbre, doctrina jurídica y Principios generales de Derecho– que enriquecen *a radice* y dan constantemente vida jurídica a la Ley y a la Jurisprudencia. En el caso de la Jurisprudencia, como se sabe, ya no se toma al Derecho de una manera general y abstracta sino que se pasa del tenor de la norma a la solución concreta de un caso en el que se ha conculcado, de forma real o aparente, la justicia.

La primera forma de aplicación de la Jurisprudencia tiene relación con la denominada *competencia*; es decir, la adecuada distribución de la jurisdicción⁷⁷, tarea en principio sencilla, aunque no falten las discusiones en este campo. La competencia se distribuye, clásicamente, según cuatro parámetros: el territorio, las personas, la materia y los grados⁷⁸. En el primer caso, prima el denominado *estatuto territorial* para la aplicación de una norma jurídica: es el conocido *locus regit actum*, es decir, se aplicará la norma del lugar donde tuvo lugar el evento con connotación jurídica (celebración de un contrato, comisión de un delito, emisión de un pasaporte etc.) Por su parte, el *estatuto personal* permite que la jurisdicción se enraíce en la persona, más allá del lugar donde se encuentre, como se vio en su momento⁷⁹. *La materia* como criterio de distribución de la jurisdicción no genera mayor dificultad de comprensión o estudio: se suele distribuir el trabajo de los juzgados y tribunales, dependiendo de la temática en conflicto: civil, laboral, penal, tránsito, inquilinato, etc. Por último, *los grados* son las instancias donde se va a aplicar la jurisdicción, dependiendo del nivel de desarrollo en el que se encuentre un proceso, a través de uso de los *recursos* previstos en la Ley: primera instancia, segunda instancia, corte de casación, etc.

Puede presentarse un conflicto de intereses entre dos tribunales con respecto a su competencia, de diversas formas. El primer caso se presenta cuando un tribunal se exime de conocer una causa determinada por declararse incompetente, e invoca la competencia de otro tribunal. El segundo caso se da cuando dos tribunales se consideran idóneos para conocer una misma causa. Para la solución de éstos u otros tipos de conflictos, habría que estudiar individualmente cada caso. El papel del investigador se centrará, precisamente, en la revisión de Jurisprudencia anterior sobre estos conflictos y el estudio de doctrina conexas. Como se sabe, en algunos países, las sentencias de última instancia son vinculantes, es decir, la remisión a ésta (o éstas) se hace tan obligatoria para resolver casos posteriores análogos como la aplicación de las propias Leyes y normas jurídicas a las que el tipo jurídico específico se *subsume*. Por tanto, vale la pena estudiar a fondo tales sentencias, recogidas por estudiosos del Derecho en repertorios, como lo hizo en su momento Juan Larrea Holguín, dejando escuela al respecto⁸⁰. Como es lógico, también será oportuno revisar la Jurisprudencia internacional de naciones y

⁷⁷ Cfr. Alejandro Ponce Martínez, *Derecho Procesal: materiales para la cátedra*, (Quito: Centro de Publicaciones PUCE, 1988), Cap. I.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ *Vid. Supra*, 5.2.

⁸⁰ Cfr. Los múltiples volúmenes del *Repertorio de Jurisprudencia* elaborado por Juan Larrea Holguín *et al.*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones). Juan Larrea tiene a su nombre los repertorios que van de 1975 a 1985. Los siguientes fueron publicados en coautoría con otras personas, a las que fue formando con el tiempo.

tribunales supranacionales: existen sentencias que han marcado pauta para la conformación del Derecho.

Investigación jurídica y Jurisprudencia: casos concretos

Sería útil y enriquecedor para el progreso del Derecho, que el investigador estudie e investigue sobre aquello que podría suceder cuando se presenta un conflicto de competencia frente a las denominadas *res mixtae* o materias que son de común interés – e inclusive competencia– de varios tribunales a la vez. Es el caso, por ejemplo, de conflictos que podrían resolverse por tribunales nacionales o internacionales: crímenes de *lesa humanidad*, daños al medio ambiente con repercusiones regionales, etc. Sucede lo propio con el juzgamiento de algunas contravenciones que están reguladas, tanto por el poder seccional como por el poder central⁸¹. Precisamente se conoce con el nombre de *jurisdicción cumulativa* cuando dos o más tribunales están, en derecho, habilitados para conocer dichas causas de interés común: un vez que la competencia se asienta –o radica– en uno de ellos, el principio de seguridad jurídica impedirá que dicha causa vaya *saltando* de un lado a otro. Sin embargo, sería interesante saber si es posible justificar –en beneficio de la justicia y para casos específicos– la existencia de una suerte de *jurisdicción compartida*, como sucede en el Derecho canónico para ciertas causas, que se pueden procesar a la vez y sin ningún conflicto jurídico, en dos o más sedes⁸².

Por último, puede ser oportuno para el investigador que se deje incoado un tema que merece ulteriores reflexiones. La clásica separación de poderes, tan arraigada en el Derecho de origen francés y anglosajón, podría considerarse de dos formas; y según se siga la una o la otra, las implicaciones en Derecho serían distintas. Hay autores que hablan de una división de poderes; para ellos, los poderes se dividen: *dividitur*. Otros prefieren decir que los poderes se distinguen: *distinguitur*. Según se defienda una u otra postura, la permeabilidad entre los poderes del Estado se vuelve mayor o menor. Si se dividen, sería impensable plantear una compenetración o delegación de las funciones de un poder en otro: lo dividido está partido y repartido. En cambio, la *distinctio* o distinción podría invocar, de forma implícita pero real, la existencia de un solo poder – el pueblo– repartido en tres funciones, por razones de bien común. En este último caso, la propia garantía del bien común podría eliminar dogmas innecesarios, facilitando un delicado y prudente intercambio de funciones cuando fuese necesario. Piénsese, por ejemplo, en el Derecho de muchas tribus africanas, que tienen una autoridad común que legisla, juzga y ejecuta, con la ayuda de sus consejos: parece más apegado al bien común *respetar* y asumir esas legislaciones, sin imponer el Derecho propio del *colonizador occidental*, si una tribu no lo desea. La imposición es algo que ha causado estragos en más de una ocasión. Figuras parecidas existen en el lejano oriente o en los pueblos y nacionalidades indígenas de toda América, con respecto a las facultades de gobierno radicadas en la figura del anciano. En estos ámbitos sociales y jurídicos, es mucho lo que resta por investigar y aprender.

⁸¹ En ámbito administrativo –y no judicial– podría suceder que la autoridad competente para la celebración del matrimonio fuera no solamente aquella prevista en las normas estatales, sino también un ministro religioso de un culto reconocido por el Estado. Esto sucede, por ejemplo, en España y Colombia, que respeta la voluntad de los contrayentes al momento de casarse. Otros países, como el Ecuador, obligan a seguir la forma civil, cuando sería más adecuado a la libertad de conciencia el derecho a elegir frente a quién contraer matrimonio jurídicamente válido.

⁸² Cfr. Jaime Baquero, *Estado de Derecho y fenómeno religioso en el Ecuador*, (Quito, Universidad de Los Hemisferios/Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 211–218.

Unidad 6: Herramientas de investigación jurídica

*Hay dos tipos de personas
a las que nunca podremos agradecer
adecuadamente,
lo que han hecho por nosotros:
nuestros padres
y los que nos iniciaron
en el amor a la sabiduría.
Aristóteles*

6.1. Introducción conceptual

En el capítulo anterior se ha procurado dar una visión, lo más abierta posible, de la investigación en ámbitos jurídicos, haciendo énfasis en que los únicos límites que se pueden imponer al investigador son los amplísimos límites del *ser* personal, considerado de forma individual y colectiva desde la óptica de la justicia; y su mejor herramienta de trabajo es una inteligencia que piensa de forma individual o grupal, plasmando ese pensamiento en estudios, proyectos y líneas de investigación. Pensar, pues, sobre el ser personal como sujeto de Derecho. Desde esta perspectiva, tan abarcable como la realidad misma, se pretende abrir el campo de investigación en toda su extensión. Y aunque la especialización se vuelve casi necesaria en la metodología de investigación reinante, es importante considerarla siempre desde la realidad total de la persona, *integrar al sabio en su tarea de hombre común y superior, y procurar que su placer en un mínimo rincón del universo no le haga perder la imagen total del mundo y de la vida*⁸³. En este sentido, las ramas del saber que tienen una orientación más humanística, conservan hoy en día una tarea histórica: recuperar, para la Ciencia, una visión holística y de conjunto, así como la debida orientación científica de toda investigación, dirigida hacia el servicio de la humanidad y no hacia la gloria de la Ciencia por la Ciencia.

La misión de servicio a la sociedad, desde la visión científica, debe ser el *eje transversal* de todo trabajo investigativo. A través del conocimiento hecho ciencia, el estudioso llegará a conclusiones válidas y enriquecedoras. Por tanto, y como marco conceptual sobre el que deben presentarse las herramientas de investigación jurídica, es importante recordar que el trabajo intelectual podrá llegar a definir conceptos y realidades antes desconocidas o poco conocidas, pero que siempre estarán en camino hacia una mayor perfección.

Así pues, lo definido tiene algo de definitivo pero no del todo: la Ciencia progresa constantemente; los estudios anteriores son la base de las investigaciones actuales y así sucesivamente hacia el futuro. Por esto, el investigador debe, necesariamente, sentirse como parte de un *todo* intelectual, anterior, presente y posterior a él. En esta misma línea argumentativa, el descubrimiento de certezas científicas no debe desconcertar al investigador sino al contrario: *un adecuado planteamiento metafísico defenderá desde el principio el valor del conocimiento científico como verdadero conocimiento de la realidad, permitiendo hablar de la verdad del*

⁸³ Juan Mantovani, *La educación universitaria*, (México, Universidades, 1960), 9.

*conocimiento concreto, señalando la existencia de un orden en la naturaleza y la capacidad humana para alcanzarlo progresivamente, y advirtiendo a la vez el carácter parcial y en su caso provisional de muchas conclusiones e hipótesis científicas de modo que se evite la frecuente tentación de considerar como hechos ciertos lo que solamente son hipótesis de trabajo o como conclusiones definitivas lo que son logros provisionales*⁸⁴.

Por último vale la pena señalar, antes de seguir adelante, que el inminente estudio de las herramientas de investigación jurídica y la posterior referencia a las técnicas y esquemas indispensables para elaborar una tesis en derecho, no se han escrito pensando en el estudiante que busca un tema aleatorio para graduarse lo más pronto posible y dejar atrás la etapa universitaria. Estas líneas están dirigidas para las personas que desean elaborar Ciencia desde el Derecho.

⁸⁴ Mariano Artigas, *El desafío de la racionalidad*, cit., 177–178.

6.2. La curiosidad

La *curiositas* es el punto de partida imprescindible para toda investigación científica. No se trata, desde luego, de un mero interés por conocer superficialidades o por entrometerse en la vida de los demás: es un anhelo del espíritu humano hacia el conocimiento y, en definitiva, hacia la búsqueda de respuestas que den sentido a la vida: sobre ellas se podrá edificar, más adelante, una construcción científica que justifique debidamente la existencia de la justicia como valor supremo del Derecho y de todas las instituciones que se derivan del Derecho y que encuentran en él su sana custodia. Si la justicia no encontrase sus raíces en *el ser y su sentido*, estaría a merced de las opiniones del gobernante de turno.

El primer paso previo a la curiosidad es el *asombro*. Los pensadores griegos valoraban mucho a los espíritus capaces de sentirse profundamente conmovidos frente a una realidad que a otros les dejaba indiferentes. Pueden transformarse en fuente de asombro hechos tan cotidianos como un amanecer o un atardecer, la bondad implícita en un acto misericordioso que se deja sorprender en la cotidianeidad de la vida, o la satisfacción intelectual de llegar a entender algo que antes no se comprendía. Detrás de estos ejemplos están el *ser* y sus *trascendentales*: la belleza, la bondad, la verdad (y su unidad en el ser)⁸⁵: lo bello conmueve, despierta un misterioso asombro interior; y lo mismo sucede, en mayor o menor medida, con los demás elementos constitutivos del *ser*. Las personas sensibles a estos aspectos *trascendentes* del ser no son sensibleras: al contrario, han cultivado en sí mismos tal capacidad de *sorprenderse* ante la realidad, que les permite alcanzar de ella muchas conclusiones, ricas en matices y enseñanzas; no se quedan en lo pasajero sino que obtienen, como las abejas de las flores, el germen de sabiduría encerrado en cada suceso, descartando, a su vez, lo superfluo o contingente.

Para comprender cuál es el *status* intelectual *sine qua non* que garantiza esa capacidad de asombrarse y aprender, es conveniente mencionar de manera sucinta a la denominada *contemplatio* o contemplación. Explica el matemático y astrónomo copernicano, Martinus Hortensius⁸⁶, que es posible encontrar una lectura filosófica de las ciencias (Metafísica, Física y Matemáticas) y precisamente a esta forma de ver a las ciencias la denomina contemplación⁸⁷. De ello se deduce sin dificultad que la contemplación va de la mano con el pensamiento científico, en todas sus dimensiones, e implica una mirada especial, *mentis oculis aprehensa*⁸⁸: es decir, una mirada que llega a la realidad misma de las cosas, según palabras del mismo autor, a través de *los ojos de la mente*, nada menos. *Contemplar es “darse cuenta” de algo, conocerlo y tender a ello; es la fusión o “fundición” entre entendimiento y voluntad; es comprender y querer. Quien contempla, aparentemente mantiene una inactividad externa, pero esta supuesta pasividad es el efecto de la intensa actuación interior*⁸⁹.

En contraste con una aplicación poco estudiada de la palabra, contemplación no implica solamente una mirada analítica o meramente crítica de la vida o de los hechos

⁸⁵ Jaime Baquero, *El Derecho, ¿para qué?*, cit., Cap. VIII.

⁸⁶ Martinus Hortensius, *Oratio: de dignitate et utilitate Matheseos* (Ámsterdam: 1634), publicado en *History of Universities*, (Oxford: Oxford University Press, 2006), Vol. XII/1, 90. El término *oratio* no posee una connotación religiosa; se trata de una exposición sobre la dignidad de las Matemáticas: valga la aclaración para las mentes que pretenden encontrar imposiciones religiosas sobre las ciencias, donde no las hay.

⁸⁷ Martinus Hortensius, *Oratio: de dignitate et utilitate Matheseos*, cit. Dice el texto: *Rerum genera varia sunt, & sub triplici considerationis ordine, tamquam objecta cuique propria mentis oculis aprehensa, tres constituunt contemplative Philosophie partes, Metaphysicam, Physicam, & Mathematicam*, 90.

⁸⁸ La traducción literal sería en singular, tanto del “ojo” como de la “mente”.

⁸⁹ Ana Bastidas, *La amistad en la relación maestro–estudiante*, (pro manuscrito), 41. Agradecemos a la autora por permitirnos el acceso a su investigación y la publicación de algunos de sus pasajes.

cotidianos. *El que sabe contemplar hace suyo lo contemplado, lo lleva a todas partes, se hace más persona; descubre la belleza o la ternura, precisamente en el lugar en el que otro sólo aprecia lo útil o placentero*⁹⁰. Quien contempla procura construir conocimiento –no necesariamente científico– desde lo que ha visto o al menos intuido. La contemplación es también cuestionamiento: preguntas que no se resuelven en una discusión; requieren la medida y la prudencia del consejo y del tiempo. Cuestionar sin una previa reflexión es dejarse arrastrar por una difundida mentalidad hipercrítica que parece permear algunos sectores de la Ciencia actual, olvidando el sentido reflexivamente originario del verbo “dialogar”: el *διαλογίζομαι* (*dialogizomai*) griego. Quien contempla, en definitiva, abstrae lo esencial de lo sensible, aunque no se trate de un científico: eso vendrá después.

De alguna forma, el *giro posmoderno* hacia las culturas orientales ha despertado un considerable interés –lamentablemente no el deseado– sobre la comprensión y búsqueda del sentido de la contemplación⁹¹. Se intenta descifrar la riqueza que lleva consigo la sabiduría filosófica, poética, marcial, estética e inclusive filológica de culturas ajenas a los apuros occidentales, aunque cada vez en menor grado. Pero en la práctica, aunque la mejor editorial de una nación plenamente desarrollada elabore un catálogo sumamente pedagógico y completo sobre la elaboración de un *bonsái*⁹², la maestría del ama de casa de un barrio perdido de Nagasaki demostrará admirable superioridad estilística e incomparable belleza estética frente al trabajo del esforzado individuo euroamericano que ha realizado varios cursos y ha leído mucha bibliografía académica –rigurosamente científica, categórica y sistemática– sobre la materia. Falta recorrer un largo camino intelectual–contemplativo para asimilar aquellos conceptos que resultan poco familiares en occidente como son los de *armonía, movimiento, equilibrio, paz, meditación, ritmo, energía, etc*⁹³.

A pesar de lo dicho, la contemplación no podría considerarse como un elemento desconocido en el occidente antiguo y medieval: sería injusto hablar de un descubrimiento reciente. La Grecia clásica es el contrapunto más claro. Sobre la contemplación han elaborado doctrina, desde Europa hasta el África mediterránea, pasando por el denominado medio oriente, pensadores como Agustín de Hipona, Ireneo de Lyon, Gregorio de Niza, Boecio, Casiodoro, Isidoro de Sevilla, Anselmo de Canterbury, Alberto Magno, Buenaventura, Bernardo de Claraval y tantos otros, no necesariamente de origen cristiano, como es el caso de los árabes Avicena y Aberroes, o el judío Maimónides⁹⁴. A pesar de sus divergencias intelectuales, existe un punto en común: la contemplación está considerada por ellos como un instrumento del intelecto para aproximarse a la verdad de las cosas y no es simplemente un estado de ánimo, una forma de relajación o nociones similares.

Para el pensador antiguo y medieval, el recorrido del pensamiento *non est ad hoc quod sciatur quid homines senserint, sed qualiter se habeat veritas rerum*⁹⁵: no se trata de un sentimentalismo sino de un proceso intelectual orientado a la búsqueda de la verdad de las cosas. No contempla aquel que reflexiona pasionalmente –por décadas

⁹⁰ Jaime Baquero, *El Derecho, ¿para qué?*, cit., 112.

⁹¹ Sobre la contemplación en autores orientales cfr., por ejemplo, Lao Tsé, *Tao te King*, (México: Premia editora, 1977), 11 y ss.

⁹² Un ejemplo de la concepción intelectual oriental –en este caso, del bonsái– explicada desde categorías mentales occidentales, se puede encontrar en la obra de John Yoshio Naka, titulada: *Técnicas del Bonsai*, (Barcelona: Omega, 1973), Tomos I y II.

⁹³ Cfr. Jaime Baquero, *El crisol del guerrero: búsqueda de la perfección en las artes marciales*, cit., 56 y ss.

⁹⁴ Sobre los mencionados autores, cfr. Frederick Copleston, *Historia de la Filosofía*, (Barcelona: Ariel, 1995), T. I.

⁹⁵ Tomas Aquinae, *In de Caelo et Mundo*, I, lect. 22. Tomado de www.corpustomisticum.org, el 10–I–2013.

quizás– sobre un problema, supuestamente insalvable, con su vecino; sino aquel que sabe apreciar lo verdadero, lo bueno y lo bello de las personas y las cosas, hasta poder emitir un juicio racional que lo separe de los elementos contingentes de dicho problema. Por otra parte, *la contemplación no tiene nada de excelsa; es, eso sí, una acción excelente, pero su nivel de cotidianidad es el mismo del conocimiento o del amor; de hecho es la integración de ambos*⁹⁶.

La contemplación o *apertura de los ojos a un mirar receptivo de las cosas*⁹⁷, se transforma en conocimiento a través de la *intuición*, esa suerte discreta voz intelectual que da cuenta a la inteligencia de su asertividad frente un juicio interior o una aprehensión de cierta realidad concreta, sin haber elaborado todavía un esquema lógico y riguroso sobre la misma. Es una versión *precientífica* del conocimiento –como se verá en el apartado siguiente– que invita a la *ratio* a justificar la veracidad de lo aprehendido, y así se da, precisamente, el salto a la ciencia, porque *la intuición (...) no es trabajo*⁹⁸ y la elaboración científica sí lo es. La inteligencia femenina y, más en concreto, los sabios consejos de ciertas madres a sus hijos, tan acertados como sorprendentes, son ejemplos cotidianos de la capacidad intuitiva que posee el ser humano para llegar a respuestas –a veces muy sabias– en torno a algunos cuestionamientos sobre la realidad.

La curiosidad intelectual, finalmente, es un elemento necesario para aquel que desee alcanzar y conservar la debida apertura mental hacia el conocimiento, y de esta forma, estar en capacidad de dar el salto a la abstracción y la elaboración científica. Uno de los grandes problemas del científico, con el pasar de los años, es el riesgo de *no escuchar*, al subirse en el pedestal de los conocimientos o descubrimientos alcanzados, sin permitir que la sabiduría de cada época lo renueve: éstas mentes se anquilosan y se cierran al progreso; y todo intento de *conversatio* se transforma precisamente –con estos supuestos sabios– en un tormentoso *diálogo de sordos*. Cuando una persona es incapaz de percibir el espíritu de cada tiempo –Hegel lo llamó *zeitgeist*⁹⁹– con sus progresos propios y su singular apreciación de lo verdadero, lo bello y lo bueno, se cae fácilmente en un discurso negativo del presente, sesgado y descontextualizado: se leen los nuevos acontecimientos desde unas categorías mentales que perdieron su vigencia tiempo atrás. Es necesario renovar constantemente una capacidad de admiración que se deje sorprender a cada paso, también de las personas sencillas e iletradas, que muchas veces poseen una sabiduría notablemente superior a la del científico que se encerró, voluntariamente, en la burbuja esclavizante y engeguedora del yo. Como ha escrito Juan Luis Vives, *la diligencia en escuchar es el más breve camino hacia la ciencia*¹⁰⁰.

6.3. La abstracción

La abstracción es la herramienta más genuina del pensamiento humano. Los griegos lograron conceptualizarla, explicando de manera científica el proceso del conocimiento personal, que llega a su culmen precisamente a través del discurso abstractivo. Se trata de conocer el *qué* de las cosas: su *ser* y su *forma de ser* (esencia o naturaleza), hasta hacer de la realidad algo que forme parte del propio bagaje intelectual, llevándolo a todas partes, contrastándolo y comunicándolo racionalmente con el resto de las realidades conocidas por la *ratio naturalis*.

⁹⁶ Franciso Naval Durán y Francisco Altarejos Masota, *Filosofía de la Educación*, (Pamplona: Eunsa, 2000), 41.

⁹⁷ Josef Pieper, *El ocio y la vida intelectual*, (Madrid: Rialp, 2003), 19.

⁹⁸ Josef Pieper, *El ocio y la vida intelectual*, cit., 23.

⁹⁹ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, (Berlin: Duncker und Humblot, 1848), 112 y ss.

¹⁰⁰ Tomado de: <https://repositorio.uam.es/handle/10486/5186>, el 20–VIII–2015.

El proceso del conocimiento, tanto vulgar como científico, empieza por los sentidos. Conocemos a los objetos que nos rodean al mirarlos y descubrir que tienen unas características determinadas: forma, tamaño, color, etc. Sin embargo, la cosa u objeto que observamos, por el sólo hecho de ser, y ser de una manera determinada, está transmitiendo al observador mucho más de lo que la vista percibe: las cosas hablan por sí mismas –por la simple razón de *ser en acto, hoy y ahora*– de conceptos más complejos y profundos como son los de origen, función o utilidad, finalidad, relación con otras cosas o personas, potencial capacidad de cambio, etc. Dentro de estos conceptos, se puede intuir a primera vista que existe un elemento, que hace de la cosa observada, una *res* o cosa emparentada con el resto de la realidad pero, de manera especial, con otras cosas de su misma naturaleza. Tanto la Ciencia biológica como la Lógica y la Filosofía, establecen una categorización que permite clasificar a los entes en *cuadros relacionales*, que van de mayor a menor extensión, donde unos grupos tienen elementos comunes con otros. La Filosofía los llama *predicables*¹⁰¹ o características que se pueden predicar de la realidad, en orden a clasificarla. En este sentido, es muy conocida la clasificación comparativa de la realidad en género, especie, diferencia específica, propiedad y accidente¹⁰²; o aquella que clasifica el orden de la vida en reino, filo, clase, orden, suborden, infraorden, superfamilia, familia, subfamilia, tribu y género¹⁰³.

Mirando un poco más allá de ciertas formas concretas de clasificar la realidad – formas que siempre podrán perfeccionarse y someterse a discusión, aunque cierto dogmatismo científico, con tintes fundamentalistas, lo pretenda negar– el salto trascendental del pensamiento es, precisamente, llegar a conocer el *ser* y la *forma de ser* de una cosa concreta. Así, cuando el observador percibe un árbol y compara su primera observación con la de otros objetos análogos, llega a la conclusión –evidente, cierta– de estar frente a un ser (árbol) con una determinada forma de ser (ser vivo, crece sobre la tierra, tiene raíces, tronco, hojas, etc.), y que resulta idéntico a otros seres de las mismas características, es decir, que comparte con ellos la misma naturaleza; al mismo tiempo que mantiene cierta similitud con otros seres y además conserva, frente a todos –*erga omnes*– su individualidad.

Este descubrimiento intelectual permite que el individuo, de alguna forma, haga suyo el concepto de árbol –*lo aprehenda*– y lo lleve a todas partes. Así, podría denominarse *res aprehensa*¹⁰⁴ al árbol conocido (“éste” árbol, “un” árbol concreto, individual, medible, objetivable), que además pasa a ser, a partir de ese momento, una idea aplicable a otras realidades idénticas en su naturaleza (pero entitativamente distintas) a través de su *concepto universal*, al que vamos a denominar *res cogitata* (“el” árbol, “todo” árbol). Lo mismo puede decirse de conceptos más abstractos como el de justicia, que tanto interesa para el presente estudio. Se puede analizar un caso concreto y llegar a la conclusión de que se trata de una “acción injusta concreta” (*res aprehensa*), pero antes se debe poseer el concepto universal de “lo justo” (*res cogitata*), para estar en capacidad de saber si se aplica o no a ese caso concreto. En realidad, tanto la *res aprehensa* como la *res cogitata* están en el intelecto, pero la primera tiene un reflejo concreto en la realidad puntual –un caso específico– y la segunda se refiere a la

¹⁰¹ Antonio Millán Puelles, *Fundamentos de Filosofía*, (Madrid, Rialp, 1962), 112.

¹⁰² Cfr. Julián Velarde Lombrana, *Historia de la Lógica*, (Gijón, Universidad de Oviedo/Servicio de publicaciones, 1989), 103.

¹⁰³ Cfr. Diego Martínez Caro, *Génesis: el origen del universo, de la vida y del hombre*, (Madrid, Homologens, 2008), 254.

¹⁰⁴ Cfr. Martinus Hortensius, *Oratio: de dignitate et utilitate Matheseos*, cit. 90.

abstracción del intelecto en torno a todas las realidades –universales– aplicables a ese concepto.

En orden cronológico, la *res apprehensa* pasa primeramente a ocupar un lugar en el intelecto del observador, hasta transformarse en una *res cogitata* o cosa universal pensada, conocida en forma de concepto y aplicable a todas las realidades que entran dentro del mismo concepto: éste es, precisamente, el proceso de abstracción¹⁰⁵. La conceptualización de la realidad, una vez alcanzada, ha logrado la asombrosa función de adecuar la mente del observador a la *res* o cosa –*adaequatio rei et intellectus*, según la filosofía clásica, antigua y medieval¹⁰⁶, alcanzando una certeza basada en la realidad misma de las cosas, definida por los filósofos griegos y latinos como *véritas* o *aletheia* (ἀλήθεια): “de verdad, he llegado a conocer lo que *es* un árbol”, “he llegado a entender lo que significa actuar *en justicia*”, y ésta es la base objetiva de toda investigación¹⁰⁷.

Sobre la “cosa en mí” como *res apprehensa* primero y *res cogitata* después, existen incontables estudios y matizaciones filosóficas, con terminologías que sufren modificaciones según los autores, los tiempos y los lugares. Al respecto, se puede mencionar al realismo de Aristóteles, el inmanentismo de Agustín de Hipona, el racionalismo de Descartes, la versión crítica intermedia de Kant, el radicalismo idealista de Hegel, etc. Lo que interesa para al investigador del Derecho es saber que la abstracción es un proceso cognoscitivo que permite conocer – insistimos – la esencia o naturaleza de la cosa, incluso separada de ella: su *universal*¹⁰⁸, es aplicable en cualquier lugar y tiempo, de tal forma que, una vez aprehendido el concepto de algo, el crecimiento intelectual del cognoscente es algo real y en vías de seguir creciendo, en base a nuevos conocimientos o a deducciones racionales a partir de lo que ya se conoce: son los juicios lógicos y de valor, cada vez más enriquecidos a través del relacionamiento de conceptos, la comparación entre ellos, su contextualización, la conexión conceptual y lógica de dichos conceptos, etc., que llevan al investigador por un camino largo e intelectualmente productivo. Este camino se abre hacia diferentes sendas, según sea el nivel de abstracción que recorra el investigador, como se verá en seguida. Sin embargo entiéndase, antes de seguir adelante, que todas son sendas del saber intelectual: tanto las experimentales como las humanísticas; y unas se enriquecen gracias a otras, aunque se desarrollen a través de métodos diversos y cada una en su área.

Desde la antigüedad, existen autores que distinguen tres grados en la abstracción¹⁰⁹. El primero es el que parte de los sentidos, analiza las cualidades visibles y mensurables de una realidad determinada hasta llegar al concepto de esa misma

¹⁰⁵ Cfr. Luis Cuellar y José María Rouvira, *Introducción a la Filosofía*, (Barcelona: Casals, 1983), 123.

¹⁰⁶ Citan esta frase varios autores, desde Aristóteles e Isaac Israeli ben Solomon, hasta Avicena y Tomás de Aquino.

¹⁰⁷ Vid. *Infra* 7.3.

¹⁰⁸ Antonio Millán Puelles, *Fundamentos de Filosofía*, (Madrid: Rialp, 1962), 96.

¹⁰⁹ Cfr., por ejemplo, Martinus Hortensius, *Oratio: de dignitate et utilitate Matheseos*, cit., 90. Transcribimos el texto correspondiente: *Rerum genera varia sunt, & sub triplici considerationis ordine, tamquam objecta cuique propria mentis oculis apprehensa, tres constituunt contemplative Philosophie partes, Metaphysicam, Physicam, et Mathematicam. Objectum Metaphysicae sunt res seu entia, tam re quam ratione abstracta a materia & ejus conditiunibus, sed ratione ab omni materia abstrahitur: estque Quantitas, quae mente concipitur ac definitur, etsi nunquam citra aliquod subiectum subsistat, aut substantiae non inhaerat. Quamobrem Mathematica media habenda est inter Metaphysicam, quae mentem a sensibilibus rebus in summa simplicitate abstrahit; & Physicam, quae materiales qualitates considerat, & res sensibus tu plurimum subjetas*. Se puede consultar también: Jacques Maritain, *Elements de philosophie: introduction generale a la philosophie*, (París: Librairie Pierre Tequi, 1921), 122–127. Se puede consultar el libro en: <https://archive.org/stream/elementsdephilos01mari#page/138/mode/2up>, revisado el 28–VIII–2015.

realidad: es el ejemplo que se ha puesto del árbol. Las ciencias biológicas inician su andadura científica por esta senda del saber, que necesita de la materia para elaborar conocimientos. Por su parte, el segundo grado de abstracción ya no requiere empezar el conocimiento a partir de todas las propiedades externas de las cosas, le basta con una de ellas para dar inicio al proceso discursivo, y ésta es la *cantidad*¹¹⁰. Se trata ahora de una ciencia específica: *haec Scientia dicta sit Μάθησις*, que se la conoce como Matemáticas¹¹¹. En este grado de abstracción es posible conocer sin ver: basta la conceptualización mental de realidades –o entes de razón– siempre que sean cuantificables, como son los números y todas las operaciones matemáticas que de ellos se derivan. Es relativamente sencillo demostrar en una persona que no desarrolló este grado de abstracción por falta de estudios matemáticos en edades tempranas, que deberá recibir una suerte de *pedagogía de lo palpable* para poder desarrollar esta capacidad tardíamente: por ejemplo, si se le plantean problemas numéricos a través de un método contable que ha usado con frecuencia (el dinero para comprar pan en la tienda, los pasos para llegar a la escuela, el número de escalones de las gradas que usa normalmente, etc.), dará el salto a este grado de abstracción. También por esto se entiende la pedagogía que encierra el hecho educativo de enseñar a los niños las operaciones matemáticas básicas desde elementos tan visibles como un ábaco, los dedos de la mano o unos cubos de madera, hasta abrir en ellos la capacidad de trabajar con los números, pero desprendiéndose finalmente de formas determinadas, colores, tamaños, etc.

El tercer grado de abstracción es aquel que deja a un lado los elementos del ser denominados *accidentales* por Aristóteles, para quedarse con los conceptos más trascendentales de la realidad, como por ejemplo el amor, la libertad, el sentido de la vida, del dolor, de la muerte, del tiempo. El raciocinio se hace plenamente evidente en este estadio del pensamiento, donde no cabe programación, suma de datos, memorización, mera relación de elementos, por muy lógica que sea o fórmulas aproximativas de probabilidades: el pensamiento se encuentra a otro nivel. En este punto del análisis sobre el proceso de abstracción vale señalar que los planteamientos científicos a nivel biológico, químico o inclusive físico, siempre requerirán de la materia para sus estudios. Cuando los científicos de estas importantes ramas del saber se plantean preguntas como la del origen de la vida o del universo, están pasando, del primero y segundo, al tercer grado de abstracción; es decir, han dado un saldo desde la la materia hacia una pregunta de raíz inmaterial, donde entran en juego conceptos inmateriales también –y plenamente filosóficos– como son los de finalidad y causalidad: se puede retroceder en el tiempo para preguntarse por el origen del universo, pero si se parte de un primer principio físico o químico, aunque sea muy elemental, no se ha resuelto el problema del origen de la materia, porque en este nivel (material) el problema es irresoluble, pues se trata de responder la pregunta sobre el salto *del no-ser al ser*¹¹². Por tanto, cada científico debe reconocer, modestamente, hasta dónde llega su saber y, a su vez, documentarse debidamente si se desea dar el salto a otra esfera científica, tal como hizo Aristóteles, que utilizaba unas categorías abstractivas para sus trabajos biológicos y físicos, y otras distintas para sus estudios metafísicos, realizando Ciencia en ambos casos, pero sobre todo –según ha quedado constancia– a través de sus estudios sobre el *ser*, su sentido y los principios deducibles del mismo.

En el caso específico de la ciencia del Derecho, se puede deducir de lo estudiado que, primera vista, la justicia no entraría dentro de esta dimensión del conocimiento –el tercer grado de abstracción– por estar radicada en elementos prácticos y muy

¹¹⁰ Cfr. Martinus Hortensius, *Oratio: de dignitate et utilitate Matheseos*, cit., 90.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Cfr. Luis Enrique Baquero, *entrevista*, 19–IX–2015.

mensurables, que hacen de una relación de personas algo justo o injusto: el robo es injusto; el cumplimiento de un contrato que se ha celebrado de conformidad con sus elementos constitutivos (capacidad, consentimiento, objeto lícito, causa lícita y solemnidades) es lo justo, etc. Sin embargo, el estudio de la justicia desde las categorías más esenciales del *ser* como son su vocación o natural sentido de trascendencia, el espontáneo orden operativo hacia fines específicos –*omne agens agit propter finem*: todo agente actúa hacia un fin determinando¹¹³– o ciertas valoraciones éticas o morales de la razón sobre el obrar propio y ajeno; todas ellas son nociones *prejurídicas* pero sirven de base *sine qua non* para emitir un juicio *en Derecho*, calificando a un acto concreto como bueno o como malo¹¹⁴; y al mismo tiempo colocan al investigador del Derecho en un plano máximo de abstracción, a no ser que éste límite sus estudios a procesos técnico–mecánicos, por el hecho de quedarse en el estudio somero de la norma positiva, sustantiva o adjetiva, sin adentrarse en *el origen y el sentido de la misma*, por temor, pereza o un complejo intelectual de inferioridad que impide abordar *las causas metafísicas como fuentes del Derecho*¹¹⁵.

Basta con revisar el elenco de los derechos fundamentales para darse cuenta de la necesidad de estudiar a la persona *en justicia (ex iustitia)* desde las categorías más altas de abstracción, si se desea una investigación bien hecha y desde sus raíces. Por ejemplo, la garantía del libre ejercicio de los derechos de pensamiento, conciencia, religión, asociación, libre expresión, etc., no tiene otro fundamento antropológico que el anhelo del ser humano hacia algo más que lo visible de cada día: se trata de proteger unos derechos no tangibles, no negociables, poco útiles –o inútiles– desde las categorías economicistas, empresariales o utilitaristas; pero derechos al fin. El desconocimiento de tales derechos, como se ha visto en varios momentos de la historia, no ha hecho más que conculcar la dignidad toda de las personas afectadas, que tarde o temprano volverán a reclamar espacio vital para el libre ejercicio de esas libertades¹¹⁶ y de tantas otras: los ejemplos podrían multiplicarse.

El investigador del Derecho, por tanto, debe aprender a moverse con soltura en el grado de abstracción más elevado, si pretende que su trabajo tenga la virtud de responder, aunque sea en parte, a las preguntas sobre el sentido –el *por qué* y el *para qué*– de la justicia en el ordenamiento jurídico. Por su parte, este proceso de abstracción requiere un ejercicio constante de la razón, hasta hacerla capaz de profundizar en los principios, causas y fines de las instituciones y realidades jurídicas. Y para llegar a ello, se servirá de herramientas cognoscitivas de tipo histórico–analítico, hermenéutico–comparativo, etc., hasta lograr que la crítica de la realidad alcance respuestas válidas de trasfondo *ontológico*, es decir, sobre el *ser* (o no ser) del objeto jurídico de estudio.

Al respecto, la doctrina clásica suele explicar que existen dos *vías*¹¹⁷ o métodos, según la terminología científica actual, para alcanzar la abstracción: la *vía*

¹¹³ Thomas Aquinae, *Summa Theologiae*, I–II, q. 1, a. 6. Tomado de: <http://www.corpusthomicum.org>, el 26–IX–2015.

¹¹⁴ Cfr., Jaime Baquero, *Ética para políticos y juristas*, (Quito: Universidad de Los Hemisferios/Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009), 132–144.

¹¹⁵ Cfr. Juan Carlos Riofrío Martínez–Villalba, “*Las causas metafísicas como fuentes del Derecho*”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 15, (enero 2012): 259–308. Señala el autor: *Metafísicamente pueden existir tres tipos de cambios jurídicos: el que forma lo jurídico, el que lo altera y el que lo extingue. Pero para que se produzca cualquier cambio resulta necesario que actúe alguna causa metafísica. Pues bien, esas causas metafísicas que producen el cambio jurídico son las fontes iuris essendi o “fuentes de ser jurídico”, 261.*

¹¹⁶ Cfr. Jaime Baquero, *Estado de Derecho y fenómeno religioso en el Ecuador*, cit., 1–17.

¹¹⁷ *Est autem duplex via procedendi ad cognitionem veritatis. Una quidem per modum resolutionis, secundum quam procedimus a compositis ad simplicia, et a toto ad partem, sicut dicitur in primo physicorum, quod confusa sunt prius nobis nota. Et in hac via perficitur cognitio veritatis, quando*

resolutionis y la *vía compositionis*¹¹⁸. La *vía resolutionis* es el camino del pensamiento que parte de las propiedades, los efectos o las manifestaciones de una realidad, hasta encontrar las causas o el origen de la misma: se hace Ciencia (*scientia*) por el camino de la investigación (*inquisitionis*)¹¹⁹ y el descubrimiento (*inventionis*)¹²⁰. Es un camino de especulación y *cogitación*, que podría asimilarse al método analítico, estudiado en su momento¹²¹.

Por su parte, la *vía compositionis* procede al revés: parte de la sencillez (*a simplicibus*) de un principio, causa o fundamento conocido, para elaborar más adelante y de forma articulada (*ad composita*) conclusiones, obtener efectos, aplicar o ejecutar las consecuencias del principio conocido. La *vía compositionis* es el camino de la Ciencia *in via iudicii*, que emite juicios con carácter decisorio para realidades concretas. Por ejemplo, si tengo demostrada la paternidad de un menor (es el principio), puedo emitir un juicio con carácter decisorio, para que se apliquen los efectos –en este caso legales– de dicha paternidad. Este camino del pensamiento podría asimilarse al método sintético, que se estudió también en el correspondiente apartado¹²².

Aunque ya quedó, de alguna forma, incoado, es importante señalar que la *scientia in via resolutionis* es el camino de investigación más apropiado para el abordaje científico de la Ley como fuente del Derecho: del estudio de unas manifestaciones sociales específicas –como puede ser la realidad sociológica de la unión estable y permanente entre hombre y mujer– concluye el legislador que debe promulgarse una norma que regule, cara al bien común, la institución matrimonial, causa de dichas manifestaciones. En cambio, la *scientia in via compositionis* –o *in via iudicii*– es más apropiada para el desarrollo de fuentes del Derecho como la Jurisprudencia, o también para el debido ejercicio de la función ejecutiva: en ambos casos se tiene claro el principio regulador –enmarcado en una Ley o en Jurisprudencia obligatoria para el primer caso; o en un reglamento, un instructivo ministerial o una ordenanza municipal para el segundo supuesto– y se trata simplemente de aplicarlo al caso concreto, desde la *vis directiva* ínsita en las potestades ejecutiva y judicial, siempre desde un criterio *razonado*. Y en ambos casos –*vía resolutionis vel vía compositionis*– el investigador tiene mucho que aportar a la *scientia iuris* o Ciencia del Derecho, a través de un estudio –de análisis y síntesis– sobre las causas y los efectos de las realidades sociales con implicaciones jurídicas.

Al respecto queda por mencionar que el investigador, tanto en ámbitos normativos como en los judiciales o de administración/ejecución, deberá entender que las vías (o métodos) del conocimiento mencionadas (*resolutionis et compositionis*) se enriquecen mutuamente, de forma circular y, por tanto, la *res iuridica* debe estudiarse desde ambas vertientes metodológicas: *la verdad de lo existente consiste radicalmente*

pervenitur ad singulas partes distincte cognoscendas. Alia est via compositionis, per quam procedimus a simplicibus ad composita, qua perficitur cognitio veritatis cum pervenitur ad totum. Thomas Aquinae, *In Duodecim libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio*, (Cathala, Torino–Roma, 1964), lib. II (I, n. 6), 278.

¹¹⁸ *In omni inquisitione oportet incipere ab aliquo principio. Quod quidem si, sicut est prius in cognitione, ita etiam sit prius in esse, non est processus resolutorius, sed magis compositivus, procedere enim a causis in effectus, est processus compositivus, nam causae sunt simpliciores effectibus. Si autem id quod est prius in cognitione, sit posterius in esse, est processus resolutorius, utpote cum de effectibus manifestis iudicamus, resolvendo in causas simplices. Principium autem in inquisitione consilii est finis, qui quidem est prior in intentione, posterior tamen in esse.* Thomas Aquinae, *Summa Theologiae*, I–II, q. 14, a. 5. Tomado de: <http://www.corpusthomicum.org>, el 18–VIII–2015.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Vid. Supra*, 2.2.

¹²² *Vid. Supra*, 2.3.

en la aprehensión de la esencia de las cosas, la cual esencia no puede ser captada de modo inmediato en sí misma por las mentes racionales, sino que éstas se dispersan por las propiedades y los efectos que circundan la esencia de las cosas, para llegar así desde esto a la verdad auténtica (en nuestro caso, a la justicia). Pero todo esto lo realizan como en un giro circular (*circulus quodam efficiunt*), cuando desde las propiedades y los efectos encuentran las causas (vía *resolutionis*) y desde las causas se juzgan los efectos (vía *compositionis*), pues la investigación (...) tiene su término en la contemplación simple de la verdad, así como tiene su comienzo en la intuición (*simplex intelligentia*) de la verdad que contempla en los primeros principios. Por ello, en el proceso de la razón hay como una cierta circunvolución (*convolutio ut circulus*) (...). Por cuanto la razón comienza en lo uno y luego, mediante un proceso, a través de lo múltiple termina en lo uno¹²³. Dicha reflexión filosófica se aplica plenamente en la investigación jurídica de más alto grado de abstracción.

Antes de concluir el apartado sobre la abstracción, es importante explicar que no todo conocimiento racional debe seguir los procesos, métodos o vías descritas hasta ahora. Se ha citado en nota a pie el siguiente pensamiento de Tomás de Aquino: *inquisitio enim rationis ad simplicem intelligentiam veritatis terminatur, sicut incipit a simplici intelligentia veritatis quae consideratur in primis principiis*. Lorenzo Vicente Burgoa¹²⁴ traduce la expresión *simplex intelligentia* por *intuición*. Aceptando este sentido, la frase está tratando de transmitir al estudioso que la investigación (*inquisitio*) racional, termina (*terminatur*) después de un proceso de estudio, en la aprehensión simple de la realidad: éste sería el camino normal de todo proceso científico, que lleva al descanso de la razón una vez alcanzado el objeto de estudio. Por el contrario, la inteligencia empieza (*incipit*) desde el descanso de la razón, a través de una intuición primera de la verdad (*simplici intelligentia veritatis*), contenida en los primeros principios (*consideratur in primis principiis*).

El verbo latino *incipio* (*incipis, incipere, incepti, inceptum*), se traduce por empezar, comenzar. De ello se deduce que la inteligencia posee una capacidad intuitiva, sencilla y directa de llegar a cierto espectro de la realidad, vinculado con los primeros principios; es decir, con aquellas realidades que, por el hecho de ser tan evidentes, pueden captarse sin un proceso reflexivo y arduo. Piénsese, por ejemplo, en la realidad del *ser*, propio y ajeno; en el principio de no contradicción (las cosas son o no son); el principio de causalidad (vengo de mis padres, aprendo de mis maestros) etc. El *ser* es la

¹²³ *Veritas enim existentium radicaliter consistit in apprehensione quidditatis rerum, quam quidditatem rationales animae non statim apprehendere possunt per seipsam, sed diffundunt se per proprietates et effectus qui circumstant rei essentiam, ut ex his ad propriam veritatem ingredientur. Haec autem circulo quodam efficiunt, dum ex proprietatibus et effectibus causas inveniunt et ex causis de effectibus iudicant. (...) (Homines cognoscunt) per divisionem et multitudinem variarum rerum, diffunduntur ad veritatis cognitionem. Sed tamen, in hoc ipso quod multa in uno convolvere possunt, sicut cum ex multis effectibus et proprietatibus perveniunt ad cognoscendam rei essentiam, intantum dignae habentur animae ut homines habeant intellectus (...), scilicet secundum proprietatem et possibilitatem animarum: inquisitio enim rationis ad simplicem intelligentiam veritatis terminatur, sicut incipit a simplici intelligentia veritatis quae consideratur in primis principiis; et ideo, in processu rationis est quaedam convolutio ut circulus, dum ratio, ab uno incipiens, per multa procedens, ad unum terminatur.* Tomas Aquinae, *Super De divinis nominibus* C. VII, lec. 2, nn.711, 713 (Hay otras fuentes que citan el mismo texto en: *Super Bohetium De Trinitate*, q. 6, a. 1, c.). *Sic ergo patet quod rationalis consideratio ad intellectualem terminatur secundum viam resolutionis, in quantum ratio ex multis colligit unam et simplicem veritatem. Et rursus intellectualis consideratio est principium rationalis secundum viam compositionis vel inventionis, in quantum intellectus in uno multitudinem comprehendit.* Thomas Aquinae, *Super De Trinitate in Boethium*, q. VI, a. 1, q.3c). Cf. Verit. q.10, a. 8, ad 10m; q. 15, a. 1, etc. Ambos textos están tomados de: Lorenzo Vicente Burgoa, *La Filosofía del juicio según Tomás de Aquino*, (Pamplona: Cuadernos de Anuario Filosófico, 2010), 18 y 19.

¹²⁴ Lorenzo Vicente Burgoa, *La Filosofía del juicio según Tomás de Aquino*, cit., 19.

realidad primera conocida por la inteligencia y, a su vez, lo más evidente (*máxime inteligibilia*)¹²⁵ a la razón. Por eso, la elaboración de una investigación que parte del realismo (en este caso jurídico) se inmuniza, desde el comienzo, frente a hipótesis, teorías, reflexiones o construcciones ideológicas complejas, retorcidas o sesgadas por los elementos subjetivos incluidos en versiones del saber supuestamente puras, pero en realidad contaminadas por la vanidad del investigador o por modas científicas a las que sucumbido la seriedad intelectual. Y por esto mismo, la intuición infantil¹²⁶ – precientífica, desde luego, pero digna de admiración– suele ser tan acertada¹²⁷: *los niños dicen la verdad*, reza un sabio refrán popular, al mismo tiempo que se relacionan, sin problemas, con nociones profundas y simples como las del amor, el dolor o la trascendencia¹²⁸. *Se trata de aprehensiones simples (...). Sin ellas, el entramado de las representaciones intelectuales tendría un carácter circular (...)* (que) *no respondería a un contacto intelectual directo con las formas reales, sino que estaría más bien al servicio de estrategias retóricas o utilitaristas que, a la postre, no pertenecen a ninguno de nosotros como personas vivas, sino a esos flujos anónimos e indefinidos a los que llamamos “opinión pública” o “mercado”*¹²⁹.

Por otro lado, la verdadera investigación, por estar tan ligada al *ser*, no puede separar dicho ser personal de su recto obrar: como dice otro refrán clásico, *el obrar sigue al ser* (cada ser obra según lo que es: el perro ladra, etc.) En otras palabras, el investigador está obligado a llevar una vida honesta y sencilla: *la arrogancia y la*

¹²⁵ Thomas Aquinae, *In Duodecim Libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio*, Proemium. Tomado de www.corpustomisticum.org, el 10–VIII–2014. Para aquel lector interesado, y tomando en cuenta que toda traducción tiene sus limitaciones, a continuación se transcribe el párrafo completo de un texto tan rico en contenidos: *Omnes autem scientiae et artes ordinantur in unum, scilicet ad hominis perfectionem, quae est eius beatitudo. Unde necesse est, quod una earum sit aliarum omnium reatrix, quae nomen sapientiae recte vindicat. Nam sapientis est alios ordinare. Sicut enim, ut in libro praedicto Philosophus dicit, homines intellectu vigentes, naturaliter aliorum rectores et domini sunt (...)* *Ita scientia debet esse naturaliter aliarum regulatrix, quae maxime intellectualis est. Haec autem est, quae circa maxime intelligibilia versatur (...)* *Unde et illa scientia maxime est intellectualis, quae circa principia maxime universalis versatur. Quae quidem sunt ens, et ea quae consequuntur ens, ut unum et multa, potentia et actus.*

¹²⁶ Cfr. Isabel Espinel, *entrevista*, 21–VIII–2015.

¹²⁷ Cfr. Cornelio Fabro, *Drama del hombre y misterio de Dios*, (Madrid: Rialp, 1977). Citamos una parte de la obra: *Viva donde quiera y doquiera que se halle, el hombre es un animal curiosum, que busca siempre una razón de cuanto siente dentro y fuera de sí mismo. La vida entera de la infancia está invadida por esta curiosidad metafísica, que no deja nunca tranquilo al niño ni a los que viven con él. Hablarle de Dios no es pues, un expediente cabalístico o fantástico, sino una ayuda para descubrir el último por qué, de los infinitos problemas que se plantea sobre el mundo y sobre los hombres. El hecho de que ha de existir Uno que ha creado el mundo y es su dueño, Uno que premia a los buenos y castiga a los malos, son conceptos que comprende muy bien y su conciencia acepta sin resistencia. La maravilla de que hablan Platón y Aristóteles, cual chispa lógica divina, está presente en el hombre desde los primeros pasos en la vida espiritual e impulsa también al niño a la búsqueda del Absoluto por caminos que las madres buenas y las educadoras cristianas experimentadas conocen muy a fondo y saben recorrer mucho más ágilmente que los pedagogos y científicos. La fe en Dios, declaró ya Pestalozzi, no es la conclusión o el resultado de una sabia erudición, sino el puro sentido de la simplicidad; es el oído de la inocencia que escucha la voz de la Naturaleza: Dios es el Padre. Por paradójica que pueda parecer, la realidad es que el niño es más sensible al ideal de la perfección pura, a la belleza, a la bondad, a la verdad, que a la misma realidad sensible, de tal modo que la idea de Dios no constituye para él una intrusión prematura, sino la culminación de la aspiración más profunda del alma sencilla, en sus primeros pasos hacia la verdad*, pp. 24 y 25.

¹²⁸ Cfr. Zeferino González, *Filosofía elemental*, (Madrid: Imprenta de Policarpo López, 1875), 11 y ss.

¹²⁹ Fernando Inciarte y Alejandro Llano, *Metafísica tras el final de la Metafísica*, (Madrid: Ediciones Cristiandad, 2007), 25.

*vanidad cierran el acceso a la verdad*¹³⁰. La justicia, al dar a cada uno lo suyo, busca ese *ius suum* o “derecho suyo” verdadero y no de conveniencia, de apariencia o de simple aproximación; pero al mismo tiempo, la justicia es un hábito de la inteligencia práctica¹³¹ con directa incidencia en el comportamiento del cada uno: una persona puede ser más o menos justa en su actitud vital. Uniendo estos dos elementos de la justicia, junto con el vínculo ontológico que existe entre ser y obrar, queda claro que el jurista y el investigador en Derecho, si quieren mantener esa sabia intuición de lo justo en su comportamiento diario, deben ser hombres de vida recta y sencilla.

6.4. La comprobación

La comprobación es el ejercicio intelectual a través del cual se somete a crisis el fruto de una investigación, para saber si realmente se ha logrado un progreso científico o, por el contrario, es conveniente seguir investigando sobre un tema concreto. Como es de suponer, la comprobación se hace más evidente en ámbitos matemáticos, físicos, químicos, biológicos e inclusive médicos. De todas formas, también en las ciencias apenas mencionadas, resulta útil aplicar el ejercicio intelectual de la comprobación. El *mecanicismo* como corriente epistemológica basada en el funcionamiento del mundo como un reloj –*todo exacto, todo preciso y hasta predecible*¹³²– sufrió una especie de “comprobación”: *estudiosos de la talla de Einstein, Schrodinger, Heisenberg, mostraron al mundo las nuevas facetas de la realidad y sacaron a la luz conceptos que ponen en entredicho al triunfante mecanicismo, a través de los postulados de la Física cuántica, la teoría de la Relatividad de Einstein, el Principio de incertidumbre de Heisenberg y la famosa “metáfora del gato” de Schrodinger*¹³³. Estos avances científicos han significado un complemento intelectual¹³⁴ frente a la Física newtoniana y un progreso de las ciencias, sobre todo físicas: de tales descubrimientos se han obtenido resultados que, siglos antes, hubiesen parecido de ciencia ficción.

La comprobación ha alcanzado su punto más alto gracias a la epistemología de Karl Popper, filósofo de la Ciencia de origen británico. En su obra titulada: *Lógica de la investigación científica*, publicada en 1934, propuso como criterio de comprobación necesario para determinar la validez científica de un postulado científico, el sometimiento de tal enunciado a la verificación a través de la *falsación* o *falsabilidad*: los enunciados científicos son hipótesis que deben superar la prueba que demuestre su *no-falsedad*¹³⁵. Para esto, Popper aplica el *método hipotético–deductivo*, al colocar en el banquillo de los acusados a todos los descubrimientos científicos, al sostener que ellos deben someterse, a través de la observación, a una *prueba de falsedad*: si una hipótesis supera el esfuerzo de demostrar su no–falsedad, puede ser aceptada. La epistemología de Popper es muy valiosa, en primer lugar, para las ciencias de precisión física o biológica. Existen enunciados que reciben, por parte del mundo científico, la categoría de dogmas; y pocos se atreven –valientemente– a cuestionarlos, corriendo el peligro –

¹³⁰ Cfr. Joseph Ratzinger/Benedicto XVI, *Discurso pronunciado en el Encuentro con los jóvenes profesores universitarios*, El Escorial, 19–VIII–2011.

¹³¹ Cfr. Tomas Aquinae, *Summa Theologiae, cit.*, II–II, q. 58 et ss. Tomado de www.corpustomisticum.org, el 10–IX–2015.

¹³² Luis Enrique Baquero, *entrevista*, 26–VI–2015.

¹³³ *Ibid.*

¹³⁴ Complementariedad que se puede entender con un ejemplo: entra en crisis el tiempo cuando la velocidad supera ciertos límites; mientras tanto, Newton sigue en pie.

¹³⁵ Karl Popper, *La lógica de la investigación científica*, 1ª ed. En español, 5ª reimpresión (Madrid: Tecnos, 1980), 39–41.

estos pocos— de ser excluidos del mundo científico *políticamente correcto*. Por tanto, la revista científica de turno no debe esforzarse por defender una hipótesis sino al contrario: permitir al resto de la comunidad científica que intente *desmontar* dicha hipótesis, para comprobar si está en capacidad de asumir, o no, el rango de teoría.

En el caso de las investigaciones en Derecho, también es posible aplicar el pensamiento popperiano, al someter a los postulados científicos alcanzados, a la misma suerte de verificación (*falsación*), que podría eventualmente dar lugar al reemplazo de las primeras hipótesis por nuevos postulados científico—jurídicos. Evidentemente, en el caso de las ciencias humanas se requiere una especial y delicada honestidad intelectual, para que los cuestionamientos sean realmente científicos y no oculten intereses personales, económicos o de simple vanidad. Para esto, el centro de la investigación siempre debe tratarse del *ser* personal: su protección y desarrollo en el marco de lo justo. Algunos postulados podrán someterse a la *prueba de falsación* a través de datos concretos obtenidos de estudios estadísticos, investigaciones empíricas de grupos humanos, el estudio de los resultados matemáticos que arrojen determinados comportamientos sociales con implicaciones jurídicas o la aplicación numérica, en instituciones jurídicas, de encuestas, revisión de registros, etc. Otros postulados, más filosóficos, deberán someterse a comprobación desde la misma Filosofía, en un diálogo intelectual del más alto nivel, ajeno —como se ha dicho— a intereses, conveniencias o apasionamientos. Este proceso epistemológico podrá aportar luces en campos tan delicados como el estudio de las instituciones de raíz antropológica con implicaciones jurídicas: el matrimonio, la familia, la sociedad política organizada, etc.; y de cuya garantía jurídica, en última instancia, debe nacer la debida protección hacia el individuo —ser personal— en su subjetividad, impidiendo que sea injustamente manipulado o colocado al nivel de objeto, como mero agente de producción, de consumo, etc.

Por otra parte, la investigación histórica en ámbitos jurídicos también puede alcanzar un alto grado de verificabilidad, cuando se cuenta con fuentes fidedignas en bibliotecas o archivos. A este tipo de fuentes suelen denominárselas *fuentes primarias*, por su rasgo de inmediatez frente al hecho histórico objeto de investigación. Ejemplos de fuentes primarias son los papiros y pergaminos de documentos antiguos; las normas jurídicas y las sentencias publicadas en los órganos oficiales; las actas de Cabildos y otros Consejos gubernamentales que se reunieron en su momento y dejaron constancia de lo dicho y hecho; cartas y demás escritos de primera mano, redactados por el personaje que es objeto de una investigación, etc. Todo lo dicho se aplica, pues, para las investigaciones de Historia del Derecho o de otras ramas jurídicas que necesitan una base documental sólida.

Para empezar con las conclusiones de este apartado, vale recordar que el aporte epistemológico de Popper a toda investigación científica —y el Derecho no es una excepción— radica en el reconocimiento que la Ciencia debe tener conciencia de sus propios límites¹³⁶: de hecho, la propia epistemología popperiana fue sometida a una suerte de falsación por parte de Paul Feyerabend y la escuela epistemológica francesa, al considerar que no se puede pensar en un sistema científico *a se*, separado de la realidad, al estilo del *supramundo* racional hegeliano, accesible solamente a unos cuantos sabios:

¹³⁶ Ni la Física, que trata de lo variable y contingente, lo más frecuente (*frequentius ut in pluribus*); ni siquiera la Metafísica, que trata de lo “*máxime intelligibile*”, muy alejado por ello de nuestro mundo connatural, que es lo sensible, puede decirse que hayan llegado al estado de ciencias perfectas o en estado de juicio indubitable, absolutamente cierto, como requiere la “*scientia in via iudicii*”. Esto sólo es aplicable, o lo es de modo perfecto, sólo en la Matemática pura, que procede demostrando a partir de causas formales, necesarias e invariables. Sin duda que la Matemática pura ha sido siempre, tanto para los platónicos como para el mismo Aristóteles, el ideal de toda ciencia, la ciencia perfecta “*in via iudicii*”. Cfr. In Boeth. Trinit., q 6, a 1, q 1ª, 2c.

la realidad es una sola¹³⁷. Por otra parte, y como ya se ha explicado¹³⁸, el ser humano es una unidad y no se puede separar el trabajo científico de la forma de vida. Desde esta visión conjunta de pensamiento y vida, se necesita de una profunda humildad y un mínimo de madurez para reconocer que la Ciencia debe cambiar el concepto de dominio por el de progreso; y el de creación por el de descubrimiento. El concepto de autonomía –cuya raíz es *αὐτός* (autos), “por uno mismo” y *νόμος* (nomos), “norma”: *yo me hago la norma*– se encuentra en su máximo esplendor hoy en día y, sin embargo, no se debe olvidar que, como toda realidad, la autonomía está llamada a convivir a la par con otros conceptos y valores que quizás no están del todo presentes en el pensamiento colectivo contemporáneo y que el investigador debe descubrirlos, para plantear el puesto que deben ocupar, todos juntos, en un ordenamiento jurídico integral y precisamente *justo*. Se trata de un discernimiento auténticamente científico, que libera del peso de las modas intelectuales, peso que puede llegar a ser insoportable, como se ha visto en varios momentos de la historia.

Desde esta misma lectura, nadie niega que existen unos parámetros naturales, razonables y armónicos que deben ser tomados en cuenta por el investigador, tal como ha quedado en evidencia –por citar ejemplos conocidos– en las nuevas formulaciones del Derecho ambiental y su apelo a cuidar del delicado equilibrio de los ecosistemas: no es cuestión de dominio o explotación, sino todo lo contrario. Lo mismo está sucediendo con la legislación en torno a los derechos educativos de niños, niñas y adolescentes: ahora empieza a hablarse también de unos deberes y de unos límites frente a la visión que pretendía dar una autonomía exacerbada a los estudiantes, en detrimento de educadores, padres y, en definitiva, de los propios beneficiarios de la educación. Podría decirse, pues, que la Ciencia debe tener *rostro humano*, en el sentido metafísico de la expresión; es decir, que todo estudio científico, en cualquier área, está llamado –por vocación– a la protección del ser humano como *realmente es*, sin desfigurarlos, sin acomodaciones de conveniencia, comodidad o por acuerdos nacidos de la presión social de grupos concretos o de intereses económicos¹³⁹. Todo rostro manifiesta, en esencia, dos cosas: que se *es* persona y que se *es* persona de una manera particular e irrepetible. Ambos elementos son *datos preliminares* para el científico, sobre los que elaborará su Ciencia: a favor de *éste* individuo, del individuo en general y de todas las realidades institucionales que forman parte de *la vida con rostro humano*. El amparo jurídico de grupos humanos ajenos a una nación concreta –ejemplo en boga– pero necesitados de protección por parte de dicha nación (extraña), no tiene otra razón de ser que la *comunidad de rostros*: todos son dignos de poseer los mismos derechos.

En la misma línea de lo señalado, al investigar en torno a la configuración de la institución matrimonial y de la realidad familiar, debe primar la protección de la parte más débil (*in dubio pro debiles seu debilior*), que no sólo incluye esa imprescindible preocupación por el desarrollo adecuado de los menores –que, dicho sea de paso, no son culpables de las consecuencias que puede tener una desordenada autonomía de los adultos– sino también el cuidado digno de los ancianos y enfermos, presentes y futuros: no en cuanto enfermos o ancianos, sino en cuanto abuelos, padres, hermanos, hijos, etc. La tendencia a diluir, cada vez más, el concepto de familia y aproximarlos al de convivencia, agrupación o conjunto de personas decididas a vivir bajo un mismo techo, al menos por un tiempo, en la práctica lo ha acercado rápidamente a realidades de naturaleza distinta: centro geriátrico, orfanato, albergue. En algunos países, la

¹³⁷ Luis Enrique Baquero, *entrevista*, 19–IX–2015.

¹³⁸ *Vid. Supra*, 6.3.

¹³⁹ Cfr. Jorge Mario Bergoglio/Francisco, *Intervención en el Encuentro con los Miembros de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas*, New York, 25–IX–2015.

legislación sobre el matrimonio manifiesta una progresiva sustitución de la noción de “amor” por las de “utilidad”, “autosuficiencia” o “autogestión”, dando paso a conceptos que, al ser estudiados de forma detenida, demuestran su capacidad deterioradora de las nociones mismas que determinan el significado de “institución”¹⁴⁰. Si se cambia la estabilidad y la permanencia por una realidad “a prueba”, ¿se está respetando la razón de ser última de todo ordenamiento jurídico? Como se puede deducir sin dificultad, una investigación jurídica sería no elude la poco valorada tarea científica de preguntarse sobre el sentido (*sensus*) de la persona y sus instituciones –entendiendo al *sensus* desde la dimensión precristiana de *spiritus sapientiae*¹⁴¹– hasta llegar a conclusiones prácticas y aplicables en el diario vivir¹⁴².

6.5. La tesis o producto científico

El producto final de una investigación suele denominarse tesis. La tesis puede formar parte de un conjunto más amplio de investigaciones, y esto es lo más común. El investigador deberá tener claro que su trabajo es un aporte al mundo intelectual del Derecho, para no reducir sus miras científicas a la promoción de un curso o a la obtención de un grado académico. En este mismo sentido, no parece lo más acertado que todos los estudiantes, al terminar una etapa de su formación académica, deban presentar una investigación científica. Este requisito debería alternarse con otras posibilidades, como la rendición de exámenes complexivos o la presentación de exposiciones sobre asuntos de actualidad relacionados –en este caso– con el Derecho: no todo estudiante tiene vocación de investigador.

En cambio, el investigador propiamente dicho sí debe escoger a la persona que le acompañará a lo largo de su trabajo científico. Para el que ama la sabiduría, la búsqueda de guía académica apuntará hacia un auténtico maestro, ya que para el progreso de la ciencia, resulta insuficiente un profesor sin vocación de maestro: *el verdadero maestro no educa sólo como una forma de ganarse la vida, sino como una razón de su propio ser*¹⁴³. Al respecto, será oportuno tomar en cuenta, desde el principio, que *el intercambio educativo está basado en la empatía, es decir, no en el conocimiento del otro, sino en el conocimiento en el otro*¹⁴⁴; esta empatía es fruto del mutuo interés personal –es un trabajo entre personas– dirigido en conjunto hacia el anhelado producto de la investigación. El interés, por su parte, va más allá de una recíproca utilización, temporal y esporádica, basada en unas necesidades comunes, temporales también. El que ama la investigación no le tiene miedo al diálogo personal y sincero, puesto que *la educación fundamentalmente es un asunto personal, un coloquio singular e interminable*¹⁴⁵. El investigador, en todo momento –máxime a la hora de empezar un nuevo proyecto necesitado de guía– procura encontrar personas que gocen de los mismos intereses, que normalmente no son intereses coyunturales sino vitales, porque la búsqueda de la verdad compromete la vida entera.

La asesoría deberá apoyarse en una persona empeñada, precisamente, en recorrer el camino de la búsqueda de la verdad, pasando por encima de rigideces intelectuales,

¹⁴⁰ Sobre la situación estadística de los menores formados en matrimonios tradicionales y en las denominadas “Nuevas Estructuras Familiares” (NFSS, por sus siglas en inglés), cfr. www.familystructurestudies.com, consultado el 5-X-2015.

¹⁴¹ *Propter hoc optavi et datus est mihi sensus et invocavi et venit in me spiritus sapientiae. Sap. 7, 7.*

¹⁴² Escribió Epicuro: *La finalidad exclusivamente práctica de la filosofía es únicamente para liberar al alma*. Cfr. Isabel Espinel, *entrevista*, 21–VIII–2015.

¹⁴³ Ana Bastidas, *La amistad en la relación maestro–estudiante*, cit., 71.

¹⁴⁴ Alejandro Llano, *Segunda navegación*, (Madrid: Encuentro, 2010), 325.

¹⁴⁵ Geroges Gusdorf, *¿Para qué los profesores?*, (Madrid: Cuadernos para el diálogo Edicusa, 1973), 63.

escrúpulos éticos, imposiciones arbitrarias, sensiblerías personales o vanidades que impidan la apertura completa del ser personal frente al conocimiento. Por otra parte, se necesitan guías pacientes, que valoren al estudiante en su calidad de ser humano en vías de aprendizaje y por tanto, necesitado de diálogo, amables correcciones y tiempo de calidad: unos cuantos correos electrónicos apurados no sustituyen a las debidas entrevistas de trabajo. Es así porque la dirección de un trabajo científico lleva implícita una gran cantidad de encuentros personales didácticos o *clases particulares*, a las que se puede aplicar la siguiente reflexión de Alejandro Llano: *la mejor clase es aquella en la que el profesor habla, con la inteligencia y el corazón, sobre aquello que ha meditado repetidas veces en el silencio de su estudio personal. No es trasladar, ni informar, ni instruir: es amar con otros el saber recién estrenado. Una lección trata siempre de lo nuevo, porque el docente lo está redescubriendo y lo presenta ante sus alumnos –o sus dirigidos– como algo vivo que emerge en ese preciso momento (...). El saber es vida, y la vida humana no es hacedera si se encierra en sí misma, si no se despliega en compañía y diálogo, si no es fecunda*¹⁴⁶.

El maestro debe mirar, con alegría, el progreso de su dirigido, y *la mejor manera de evaluar a un investigador es dirigir una mirada a sus discípulos: no en el sentido de que formen una especie de secta, en busca siempre de los intereses que ellos comparten de modo más o menos turbio; en modo alguno: los auténticos discípulos son los que han bebido de la fuente del maestro y después han emprendido su propia andadura, como el mejor homenaje a quien les puso en el camino que conduce a intentar saber más*¹⁴⁷. La satisfacción será grande cuando se aprecie que la investigación empieza a dar sus frutos, y que es posible formar sucesores en el camino de la Academia, que inclusive superen al maestro. La humildad del profesor¹⁴⁸ le permitirá seguir aprendiendo a lo largo de toda su vida y de manera especial, recibirá la sabiduría de aquellos que destaquen a su lado a través de investigaciones científicas guiadas por él. Pero para eso –y como se ha dicho en esta unidad– deben permanecer a flor de piel, en todas las personas implicadas en el camino de la Ciencia, la capacidad de asombro, admiración y contemplación.

¹⁴⁶ Alejandro Llano, *Segunda navegación*, cit., 327.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ *El maestro ayuda a que el estudiante vea por él mismo la verdad, no le impone “verdades” o soluciones prefabricadas. Sócrates se cuidaba muy bien de no profesar nada; es más, él mismo desconocía todavía lo que quería enseñar. En medio del barullo y la confusión de voces que salen al encuentro del principiante, cuando inicia su camino de construcción de su propio pensamiento, la voz del maestro es bálsamo, es luz, es esperanza, es alegría... es la voz autorizada. La verdad nunca podrá llegar a ser conocida totalmente, y por eso, al relacionarse con ella, tanto maestro como discípulo deben mantener un talante humilde; sólo de esta manera ellos pueden perseverar en su sucesivo descubrimiento y alcanzar cierta sabiduría.* Ana Bastidas, *La amistad en la relación maestro–estudiante*, cit., 63.

Unidad 7: Técnicas para elaborar una tesis de Derecho

*En mis vanas esperanzas solo vi bajeza.
Entonces deseé poseer la inmortal sabiduría
con todo mi corazón
y arder en deseos de amar,
de buscar, de conquistar,
de poseer y de abrazar con fuerza,
no tal o cual sistema,
sino la sabiduría, fuese como fuese.
Agustín de Hipona*

7.1. El objeto o tema de tesis

El tema u objeto de una investigación está constituido por aquella parte de la realidad jurídica sobre la que se procurará detectar la existencia de un problema; y éste problema puede tener implícita, a su vez, una inconsistencia doctrinal o normativa; o la necesidad de actualización jurídica de una institución, por la propia y natural evolución del Derecho¹⁴⁹. El tema es la parte cardinal de la tesis; es decir, el eje sobre el que girará la investigación toda, de principio a fin, hasta llegar a un resultado novedoso: el aporte científico. El investigador puede inspirarse, para el estudio de un tema, en lecturas, informes, la observación analítico-jurídica de lagunas o falencias en un ordenamiento determinado, etc¹⁵⁰.

El tema de la investigación suele darse, normalmente, dentro de un contexto jurídico más amplio, dependiendo de la rama del Derecho a la que pertenezca dicho objeto de estudio. Por otro lado, el objeto o tema de tesis podría corresponder a una dimensión más empírica o más dogmática del Derecho; procesal o doctrinal; de Derecho sustantivo o adjetivo: y esto dependerá tanto de la realidad estudiada como de la perspectiva, aspecto o enfoque se le dé a la investigación. El tema puede plantearse por parte de un centro académico (universidad, instituto centro de investigación, etc.), de un profesor o del propio investigador; y suele estar vinculado a una línea de investigación o, al menos a un proyecto de investigación. Las universidades tienden a especializarse en determinados campos científicos; algunos de ellos encierran una interdisciplinariedad que involucra a varias entidades académicas de la misma *alma mater*, como por ejemplo, los estudios sobre la familia, analizados desde perspectivas filosóficas, jurídicas, psicológicas, sociológicas, educativas, pedagógicas, etc. Cada vez resulta más común este trabajo en equipo, demostrando que, poco a poco, se supera cierta visión de especificación científica, que impide aquella perspectiva de conjunto, tan favorecedora para el progreso del ser humano y de la sociedad. Además, dicha visión holística, para el auténtico científico, no olvida que *debe haber una ciencia que, por naturaleza, sea rectora de las demás (...) y ésta debe ser la más intelectual*¹⁵¹, es decir, aquella que esté

¹⁴⁹ Vid. *Supra*, 5.2.

¹⁵⁰ Cfr. Patricio Rivas Rodríguez, *Investigación jurídica*, Videoconferencias UTPL, 2011–2012. Tomado de: <http://es.slideshare.net/videoconferencias/utplinvestigacin-juridicaiibimestreoctubre-2011febrero-2012>, el 24–VIII–2015.

¹⁵¹ Thomas Aquinae, *In Duodecim Libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio*, Proemium. Tomado de www.corpustomisticum.org, el 10–VIII–2014. Se cita, una vez más, el párrafo que contiene las frases

en capacidad de unificar al resto de contenidos científicos –respetando los métodos propios de cada uno– desde el estudio metafísico del *ser*, aplicado a cada campo del saber: en nuestro caso, al Derecho.

7.2. Planteamiento del problema

El problema, por decirlo de una manera gráfica, es *el negativo* del tema: ambos caminan juntos a lo largo de toda la investigación. El tema resuelve al problema y la formulación del problema está en relación directa con el tema elegido. En esta fase *formativa*, se transforma el tema elegido en problema de investigación. El problema, por tanto, *envuelve intrínsecamente una dificultad teórica (y/o) práctica, a la cual debe hallarse una solución*¹⁵². El adecuado planteamiento del problema permite que el investigador no pierda el rumbo de la investigación a lo largo de su trabajo y no se sienta desorientado. El problema bien planteado evita caer en el pantanoso terreno de un tema demasiado amplio o difícil. El problema, finalmente, puede entenderse –junto con el tema– como el núcleo central de la investigación.

7.3. Hipótesis jurídica

*La hipótesis es tener una tentativa de solución (...). Es una explicación anticipada de cuál es la solución al problema, la que formulamos con nuestro sentido jurídico para desentrañar los principios jurídicos aplicables. Solución que luego hay que verificar, mediante la investigación*¹⁵³.

La hipótesis, por tanto, es un intento primero y algo aventurado de conclusiones. Toda hipótesis debe tener una base objetiva que, a su vez, emane de la legislación positiva, de hechos con supuesta implicación jurídica, de instituciones, Principios o bases conceptuales de origen doctrinario¹⁵⁴ y de cuyas premisas se desprenden suposiciones o conjeturas que, precisamente, serán probadas a través de la investigación, que debe necesariamente llegar a un producto jurídico nuevo, cuyo esquema se estructura en forma de conclusiones¹⁵⁵.

La hipótesis no se obtiene de simples afirmaciones o enunciados caprichosos del investigador: emerge del planteamiento correcto de un problema jurídico. Es la guía de todo trabajo científico, determinando las técnicas de investigación que servirán para comprobar o descartar las suposiciones que, aunque son tales, tienen su fundamento en datos científicos objetivos, logrados por otras investigaciones. *Del planteamiento correcto del problema jurídico, es decir, del tema elegido transformado en problema, surgen las hipótesis jurídicas, que orientan o guían a toda la elaboración de la tesis*¹⁵⁶.

citadas, para que el lector pueda leerlo en su contexto: *Una earum (scientia) sit aliarum omnium reatrix, quae nomen sapientiae recte vindicat. Nam sapientis est alios ordinare. Quae autem sit haec scientia, et circa qualia, considerari potest, si diligenter respiciatur quomodo est aliquis idoneus ad regendum. Sicut enim, ut in libro praedicto philosophus dicit, homines intellectu vigentes, naturaliter aliorum rectores et domini sunt: homines vero qui sunt robusti corpore, intellectu vero deficientes, sunt naturaliter servi: ita scientia debet esse naturaliter aliarum regulatrix, quae maxime intellectualis est. Haec autem est, quae circa maxime intelligibilia versatur.*

¹⁵² Jorge Witker, *Cómo elaborar una tesis en Derecho*, (Madrid: Cívitas, 1986), 48.

¹⁵³ Rafael Cañas Lastarria, *Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo*, cit., 267.

¹⁵⁴ Jorge Witker, *Cómo elaborar una tesis en Derecho*, cit., 50.

¹⁵⁵ Cfr. Emma Patricia Pacheco Montoya, *Investigación jurídica: guía didáctica*, (Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, 2012), 51.

¹⁵⁶ Jorge Witker, *Cómo elaborar una tesis en Derecho*, cit., 50.

Para delimitar la hipótesis puede ser útil plantearse las siguientes cuestiones en torno al problema de la investigación: *datos del problema*, es decir, aquella información indispensable para conocer a fondo el problema a tratar. En ámbitos jurídicos, la información indispensable para conocer el problema escogido por el investigador, suele estar contenida en la doctrina, la legislación aplicable, la Jurisprudencia, el impacto social – real o aparente– del problema, etc. *Aspectos o elementos principales del problema*, v. gr., la carencia de legislación o el exceso de la misma sobre un problema concreto; el conflicto interpretativo entre dos sentencias de Jurisprudencia obligatoria, etc. *Qué se ha dicho sobre el problema*, entre otras, en fuentes doctrinarias nacionales o internacionales, estadísticas, censos (de poblaciones carcelarias por ejemplo), índices (de natalidad y mortalidad infantil), etc. *Relaciones entre los diferentes aspectos del problema; cuestiones conexas al problema; tratamiento integral del problema* dentro de un ordenamiento jurídico, en el contexto de Derecho Internacional regional, en la normatividad local, en la doctrina de un país o una región, etc.¹⁵⁷. *Posibles soluciones jurídicas, teóricas y prácticas, para la resolución del problema*¹⁵⁸, que pueden implicar la elaboración, a manera de propuesta, de un cuerpo jurídico, etc.

El planteamiento del problema se facilita con el desglose de las interrogantes que se presentan en asuntos jurídicos, cuestiones sociales con implicaciones jurídicas o temas histórico-jurídicos; y de cuyo material, así estructurado, pueden emerger las hipótesis esclarecidas. *En síntesis, el tema de la tesis debe ser transformado en problema de la tesis, para lo cual debemos acotarlo a través de responder varias preguntas señaladas y de cuyo material es posible desprender la(s) hipótesis jurídicas que son las conjeturas que nos planteamos respecto a un problema jurídico y que constan de dos partes: una objetiva que se obtiene de hechos o principios jurídicos conocidos y probados, y otra parte subjetiva que son las proposiciones de explicación que se someten a comprobación en el desarrollo de la tesis*¹⁵⁹.

En la práctica, la hipótesis resulta de gran utilidad para elaborar el esquema de la tesis, primero de forma provisional y luego de forma definitiva. Lógicamente, el esquema obliga a la hipótesis a adecuarse a un método o métodos de investigación, para que su estudio sea ordenado y se pueda llegar a conclusiones lógicas y reales, como se verá al hablar del esquema de contenidos.

7.4 Metodología

*Partir de la existencia de un auténtico problema, implicaría la necesidad de aceptar que su solución depende de nuestra habilidad para encontrar la respuesta, lo cual supone, además, mostrar y justificar el camino (método)*¹⁶⁰. Sobre el método a seguir, se podrían transcribir innumerables estudios. Como ha escrito Juan Carlos Riofrío, *existe al menos un método para cada objeto de estudio (...). Hoy se diferencian métodos uni-disciplinarios, multi-disciplinarios, inter-disciplinarios y trans-disciplinarios, según el grado de parcelación de las distintas disciplinas*¹⁶¹. El primero

¹⁵⁷ Cfr. Emma Patricia Pacheco Montoya, *Investigación jurídica: guía didáctica*, cit. 51.

¹⁵⁸ Jorge Witker, *Cómo elaborar una tesis en Derecho*, cit., 51.

¹⁵⁹ Jorge Witker, *Cómo elaborar una tesis en Derecho*, cit., 52.

¹⁶⁰ Óscar Sarlo, “El marco teórico en la investigación dogmática”, en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, coords. Christian Curtis y Manuel Atienza Rodríguez (Madrid: Trotta, 2006), 175–208

¹⁶¹ Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, *La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles / Selection of Methods for Legal Research. 100 Possible Methods*, Artículo para la *Revista de Educación y Derecho* (pro manuscrito). El autor hace las siguientes citas, que transcribimos: Klein, 2008, pp. 116–123; De Zure, 2010, pp. 372–387; Gertrude, Pohl & Bammer, 2010, pp. 431–453.

implica un estudio aislado de la disciplina, con sus propios recursos. La multidisciplinariedad estudia un objeto específico de la realidad desde diversas disciplinas, que no necesariamente deben coordinarse, ni aprovechar mutuamente sus conquistas. Con frecuencia estos estudios se ponen al servicio de una sola ciencia. Por ello, su producto final es una recopilación disciplinar de cada visión, al estilo de un libro sobre la familia donde diez profesores de diferentes asignaturas escriben cada uno su propio capítulo. La interdisciplinariedad ya supone un intercambio sistémico de métodos, prácticas, conceptos, etc. entre las diversas disciplinas. Para ello requiere de una construcción conceptual común del problema, con objetivos comunes y un equipo de trabajo, cuando no una red de investigadores, que con el tiempo dé operatividad al proyecto investigativo. Esta mixtura teórica y operativa ha creado nuevas formas de aproximarse a la realidad, lo que ha desencadenado un “big bang disciplinario” donde aparecen nuevas parcelas del saber: gerentólogos, familiólogos, etc. Finalmente está la investigación transdisciplinaria que considera que la realidad es tan compleja¹⁶², que debe intervenir tanto el mundo científico, como los que están “más allá de la ciencia” (niños, padres, empresarios, autoridades, trabajadores, indígenas, etc.) con su punto de vista, para comprender lo mejor posible lo real¹⁶³.

Al momento de optar por la metodología más adecuada para una investigación en Derecho, es necesario tener muy claro el *aspecto bajo el cual* se va a estudiar determinada realidad jurídica. Si lo que interesa es conocer la aplicación del Derecho positivo que legisla una materia o institución determinada, simplemente se recurre a la norma promulgada y a las fuentes conexas con ella, contenidas en la doctrina, los Principios generales del Derecho y la Jurisprudencia. En estos casos, el hecho de seguir la literalidad de las fuentes suele conocerse, en Derecho, como *Método Dogmático*¹⁶⁴, muy apegado a la inducción analítica¹⁶⁵. Si las investigaciones, en cambio, pasan a plantearse preguntas fundamentales sobre el fin de una norma o una institución jurídica, su por qué o su para qué, se tratará de una investigación *sobre Filosofía sobre el Derecho*, donde suelen usarse metodologías más deductivas, terminadas en síntesis que, a su vez, sirven de punto de partida para nuevas investigaciones, tanto inductivas como deductivas. Como se ha insistido a lo largo de este estudio, siempre será útil contar con un análisis filosófico-ontológico de las realidades jurídicas estudiadas, para que las bases conceptuales del edificio intelectual sean sólidas y no se desmoronen con el primer viento de las modas intelectuales.

Puede ser recomendable, además, recurrir a la Historia, la Sociología o la Psicología, para fortalecer un estudio jurídico. En tal caso, la metodología será la propia de cada ciencia, sin olvidar su vocación humanista, que evita la reducción de la persona a cálculos y cuadros elaborados a partir de los resultados y estudios alcanzados, muy útiles pero insuficientes. Por su parte, con la Estadística o con algunas ramas positivas de la Antropología y la Psicología (Antropología social, Psicometría, etc.) se aplica el método empírico de investigación.

En el Ecuador esta división ha sido recogida en el Reglamento de Régimen Académico (Resolución 51 de 2013).

¹⁶² Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, *La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles*, cit. 3. Transcribimos su cita: Sobre el paradigma de la complejidad, cfr. Morin, 1984; Capra, 1992; Martínez Miguélez, 1997.

¹⁶³ Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba, Riofrío Martínez-Villalba, *La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles*, cit. 3.

¹⁶⁴ Rafael Cañas Lastarria, *Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo*, cit., 268.

¹⁶⁵ Cfr. Emma Patricia Pacheco Montoya, *Investigación jurídica: guía didáctica*, cit., 68.

En todo caso, la fusión de estas ciencias con el Derecho no tiene por qué resultar traumática o ir en detrimento de la investigación, si se sigue el método propio de cada Ciencia y se tiene claro, a lo largo del trabajo, *desde qué nivel de abstracción*¹⁶⁶ se desea realizar el enlace con lo jurídico: desde una perspectiva filosófico–metafísica, es decir, desde el análisis de la concordancia histórica, sociológica o psicológica con el *ser humano*, objeto de la justicia; o, por su parte, desde la referencia histórica o sociológica más pragmática, como puede ser el análisis de su conexión con una norma, sentencia o institución jurídica concreta y su evolución en el tiempo, por ejemplo.

Por último, se transcriben, a continuación, las recomendaciones generales de Juan Carlos Riofrío con respecto a una investigación jurídica, y que van en la línea de lo señalado hasta ahora: *no casarse con ningún método, combinar varios métodos, seleccionar los métodos adecuados y no descuidar la realidad*¹⁶⁷.

7.4. Determinación del tema

*La razón por la cual se hace el trabajo, determina la elección del tema de su investigación, por la necesidad de encontrar la solución a un caso profesional o de estudio*¹⁶⁸. Como punto de partida¹⁶⁹, es imprescindible *ubicar las referencias que existen sobre el tema*¹⁷⁰; y para estar en capacidad de descubrir el tema de investigación, es necesario hacerse cargo de lo que está escrito (fuentes antiguas y nuevas), promulgado –o derogado, parcial o totalmente–, contenido en la Jurisprudencia, la doctrina nacional e internacional sobre el tema de investigación, etc.

Tal y como se ha incoado hace poco¹⁷¹, el problema es *un interrogante, del que no se tiene aún una respuesta conocida. Siendo fundamental entonces, que el investigador descubra cuál es el problema, qué es lo que va a buscar y lo especifique dentro del ordenamiento genérico del Derecho, detecte y localice el problema dentro del Tema y después lo plantee y lo defina. Debe plantearlo para ser resuelto dentro de la Ciencia del Derecho, de su técnica, de su ley positiva, con los métodos existentes en la disciplina del Derecho. Se debe saber cómo localizar, formular y desarrollar el problema. Para organizar el trabajo de conseguir el conocimiento de un problema, es necesario tomar como guía una solución provisoria (...) para centrar los esfuerzos en torno a ella, y no lanzarse en forma incoordinada a buscar antecedentes*¹⁷².

7.5. Registro y recolección de información

El estudio práctico de las fuentes o lugares donde se recopilará la información tiene dos aspectos, aplicables a varias ciencias sociales, dentro de las cuales se encuentra el Derecho. *El primero es el aspecto el intelectual, que consiste en la serie de operaciones racionales para comprender el contenido de las fuentes, y el técnico que a su vez abarca: la técnica de aprender la fuente que comprende los procedimientos para hacer una lectura útil para la elaboración de la tesis; y la técnica para retener la fuente*

¹⁶⁶ Vid. *Supra*, 6.3.

¹⁶⁷ Juan Carlos Riofrío Martínez–Villalba, *La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles*, cit. 16–19.

¹⁶⁸ Rafael Cañas Lastarria, *Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo*, cit., 267.

¹⁶⁹ Vid. *Infra*, 8.1.

¹⁷⁰ Rafael Cañas Lastarria, *Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo*, cit., 267.

¹⁷¹ Vid. *Supra*, 7.2.

¹⁷² Rafael Cañas Lastarria, *Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo*, cit., 268.

estudiada que viene a ser el sistema de registro y ordenamiento de datos indispensable para redactar en definitiva la tesis en cuestión. Sobre el aspecto intelectual y la manera de aprender las fuentes de información es recomendable una concentración de lectura, un deslinde permanente entre las ideas principales y las secundarias que hay en todo texto y el necesario ejercicio de diálogo que el estudiante efectúe con cada autor de libros o revistas, a fin de que haya un verdadero seguimiento de los razonamientos y fundamentos de los textos seleccionados por el estudiante. Las características que la lectura debe tener para la elaboración de una tesis de grado serían: Concentración, Continuidad, Participación (diálogo), Firmeza (constancia) y Alternatividad (variedad de autores respecto a un mismo punto contemplado en la tesis)¹⁷³.

En cuanto a la forma de retener la información jurídica se hace necesario primero conocer el universo en el cual nos vamos a mover, para luego aplicar ciertas técnicas de registro de la información jurídica¹⁷⁴: legislativa; de biblioteca jurídica (contenidos doctrinales o de Principios del Derecho, estudios históricos, comparativos, etc.); jurisprudencial; de campo (referencias sociológicas concretas con implicaciones jurídicas); institucional, etc.¹⁷⁵.

Dentro de la investigación actual –algo se ha dicho al respecto– la interdisciplinariedad es un elemento inseparable de la misma. A la hora de realizar las consultas, resulta apropiado conocer la existencia de la denominada *Clasificación Decimal Universal*, y así ubicar cada materia en su debido lugar¹⁷⁶. Para el presente trabajo basta con saber que existen dos versiones de dicha clasificación, ninguna de ellas es exhaustiva –pues se trata de dar una versión general y flexible de las disciplinas del saber– y que ambas dividen al conocimiento en las siguientes diez categorías: 0. Generalidades, Ciencia y conocimiento, Organización, Información, Documentación, Enciclopedias, Biblioteconomía, Instituciones, Documentos y publicaciones. 1. Filosofía y Psicología. 2. Religión y Teología. 3. Ciencias sociales, Estadística, Política, Economía, Comercio, Derecho, Gobierno, Asuntos militares, Bienestar social, Seguros, Educación y Folclore. 4. Lingüística y Filología. 5. Matemáticas, Ciencias Naturales (incluye auxiliares especiales), 6. Ciencias aplicadas, Medicina y Tecnología. 7. Bellas artes, Juegos, Espectáculos y Deportes. 8. Lenguaje, Lingüística y Literatura. 9. Geografía y Biografías e Historia¹⁷⁷.

Con este cuadro general, el investigador procederá a recopilar la información a través de fichas, apuntes, anotaciones y otras formas útiles para el manejo de los recursos de la investigación. Al respecto, existen varias propuestas metodológicas que se pueden revisar en el apartado correspondiente¹⁷⁸.

¹⁷³ Huáscar Taborga, *Cómo hacer una tesis*, (México, Grijalbo, 1982). Citado por: Jorge Witker, *Cómo elaborar una tesis en Derecho*, cit., 57–58.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Cfr. www.udcc.org, consultado el 23–VIII–2015.

¹⁷⁷ *Ibid.*

¹⁷⁸ *Vid. Supra*, 4.6.

Unidad 8: Esquema general de una investigación jurídica

*Quedé extenuado
escudriñando la verdad.
Platón*

8.1. El tema

Además de lo que ya se ha señalado¹⁷⁹, se puede abundar sobre el tema diciendo que luego de haber observado la realidad a tratar y escogida una parte de ésta por parte del investigador como su objeto de su estudio, se procederá a la recolección de información necesaria para alcanzar una perspectiva más real sobre el tema de investigación. De esta forma, el objeto o tema de estudio quedará delimitado en base a la hipótesis formulada anteriormente por el investigador: por tanto, la hipótesis delimita al tema, y el tema queda planteado a través de la hipótesis. *Un tema mal elegido, que excede de las posibilidades del estudiante, apareja inevitablemente un fracaso, porque éste, o lo desarrolla mal o se limita a transcribir opiniones de juristas que ya han tratado ese mismo tema y, para escribir una monografía que sólo es una mera recopilación de opiniones, más vale no hacerlo*¹⁸⁰.

*En el campo de la Filosofía del Derecho, de la Teoría General del Derecho, pueden descubrirse tantos (...) tópicos de investigación. O, ya en la Historia del Derecho o en la Sociología Jurídica; o en la llamada Ciencia de la Legislación, Política Legislativa o Nomotesia. En la Ciencia Positiva del Derecho o Ciencia del Derecho propiamente dicha existe una fuente inagotable para la búsqueda y selección de temas. Es decir, en la Jurisprudencia, tomando a esta palabra en el sentido de "Ciencia Jurídica"*¹⁸¹.

Por último, la elección del tema determinará si se trata, –según clasificación de Umberto Eco– de una tesis de investigación o una tesis de compilación¹⁸². *La tesis de investigación consiste en un trabajo original, con el cual el doctorando pretende demostrar que es un estudioso capaz de hacer avanzar la disciplina a que se dedica. Supone conocer lo que los demás han dicho sobre el tema y, sobre todo, es preciso "descubrir" algo que los demás no han dicho todavía. El descubrimiento no tiene por qué ser revolucionario pero debe ser una obra que los demás estudiosos del ramo no debieran ignorar, pues dice algo nuevo. Respecto de la tesis de compilación (...) su autor se limita a demostrar que ha revisado críticamente la mayor parte de los escritos publicados sobre el tema, que ha sido capaz de exponerla con claridad e intentado interrelacionar los diversos puntos de vista. Su trabajo debiera producir una*

¹⁷⁹ Vid. *Supra*, 7.1.

¹⁸⁰ Humberto Eco, *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, (Barcelona: Gerisa, 1998), 24–25.

¹⁸¹ Luis Verdesoto Salgado, *La investigación científica en el área jurídica*, (Quito, Editorial Universitaria, 1967), 112.

¹⁸² Humberto Eco, *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*, *cit.*, 20.

panorámica inteligente y útil desde el punto de vista informativo para un especialista que no haya estudiado en profundidad el tema de la tesis¹⁸³.

8.2. El problema

Una vez que se ha delimitado el tema, el investigador planteará las dificultades reales en torno al tema, para que sean resueltas a lo largo de la investigación. Como ya se sabe, tema y problema son inseparables: el primero presenta una versión positiva de lo que se desea investigar, y el segundo plantea las dificultades en torno al tema de estudio, dificultades que serán resueltas a lo largo de la investigación y que han inspirado al agente científico a realizarla¹⁸⁴.

8.3. La justificación

La Ciencia en general busca responder a las incógnitas que se presentan a diario, no sólo en ambientes científicos sino en la realidad de la vida misma, desde sus diferentes facetas: es por esto que la Ciencia, hasta la más especulativa, siempre tiene implicaciones prácticas; y por esta misma razón resulta inverosímil remitirse a una metodología científica que esté por encima de la realidad, aunque algunos sigan pensando de esta forma¹⁸⁵. Al momento de ensayar un intento de respuesta, a través del camino de la Ciencia, será necesario responder al “por qué” de tal intento: por qué se desea trabajar sobre un tópico y no sobre otro, o por qué se analiza dicho tópico desde un aspecto concreto del Derecho y no desde otro matiz intelectual, etc. Además, esta pregunta debe estar acompañada de una segunda interrogante, de corte más utilitarista: el “para qué”¹⁸⁶. Las respuestas a ambas preguntas enmarcan la justificación de un tema de investigación.

8.4. Los objetivos

Los objetivos se encuentran dentro de “qué” de una investigación, es decir, del *finis operis*¹⁸⁷ o fin de la obra (investigativa, en este caso); y el fin de la obra es aquello que se pretende obtener con la investigación¹⁸⁸. El fin es, según la acertada definición clásica, lo primero en la intención pero lo último en la ejecución: *finis, etsi sit postremus in executione, est tamen primus in intentione agentis*¹⁸⁹. Por tanto, los objetivos, tanto generales como específicos, marcarán el fin al que se desea llegar, a lo largo de todo el camino o *percorso* del trabajo de investigación.

8.5. La hipótesis

Tal como se conoce ya¹⁹⁰, la hipótesis es una suerte de *ensayo de respuesta* sobre el problema de investigación¹⁹¹. Posee una base científica, es decir, se apoya en

¹⁸³ Carlos Eduardo López Rodríguez, “Técnicas para la investigación y redacción de tesis y monografías jurídicas”, *Revista de la Facultad de Derecho* de Montevideo 26, (enero 2009): 81–104.

¹⁸⁴ Patricio Rivas Rodríguez, *Investigación jurídica*, cit., p. 35.

¹⁸⁵ Cfr. Mariano Artigas, *Filosofía de la Ciencia*, cit., Cap. VII.

¹⁸⁶ Patricio Rivas Rodríguez, *Investigación jurídica*, cit., p. 36.

¹⁸⁷ *Fin de la obra, finis operis, o sea el fin al cual tiende de su naturaleza la obra: fin del operante, finis operantis, o sea el bien que el agente se propone conseguir por medio de su acción.* Zeferino González, *Moral General o Nomología*, tomado de: www.filosofia.org/zgo/zgfe2711.htm, el 23–VIII–2015.

¹⁸⁸ Patricio Rivas Rodríguez, *Investigación jurídica*, cit., p. 36.

¹⁸⁹ Tomas Aquinae, *Summa Theologiae*, cit., I–II, q. 1, a. 1 ad 1.

¹⁹⁰ Vid. *Supra*, 7.3.

trabajos previos, relacionados con el tema de la investigación. Puede existir una hipótesis principal solamente, o una principal y varias secundarias, relacionadas con la primera¹⁹².

8.6. El sumario o esquema de contenidos

El sumario es la *presentación ordenada de lo que se ha investigado*¹⁹³. Como es de suponer, el sumario empieza su vida como esquema de trabajo, aprobado o recomendado por el director de una investigación, para transformarse, más adelante, en la tabla de los contenidos del trabajo¹⁹⁴. Normalmente contiene capítulos que se subdividen en entidades menores, para un mejor manejo de los contenidos de la investigación. Se incluyen en él, finalmente, las conclusiones, las recomendaciones, la bibliografía, los estudios de campo y otros instrumentos que han servido para la investigación como textos en su idioma original, transcripción de entrevistas, etc. Estos últimos elementos suelen adjuntarse a modo de anexo.

8.7. La metodología

La metodología está relacionada con el problema y su intento de respuesta: ya se sabe que *partir de la existencia de un auténtico problema, implicaría la necesidad de aceptar que su solución depende de nuestra habilidad para encontrar la respuesta, lo cual supone, además, mostrar y justificar el camino (método)*¹⁹⁵. Es importante tener muy clara la metodología de trabajo desde el principio, máxime si se pretende investigar sobre materias del Derecho que están relacionadas con otros saberes, accesibles desde metodologías científicas diversas. Esto es fundamental, tomando en cuenta la interdisciplinariedad de la investigación de hoy en día, y la probable necesidad de involucrar a más de un método en la investigación, si se quiere llegar a las causas últimas de la realidad estudiada y no simplemente a respuestas técnicas de la misma.

Aunque no se trata propiamente de un aspecto metodológico, es importante recordar al investigador que su aporte a la Ciencia del Derecho siempre estará ligado a las conclusiones de su investigación. En ellas, pues, dejará constancia de aquella novedad intelectual a la que ha llegado después de un proceso de trabajo serio y documentado. Para que unas conclusiones sean válidas, deben ser capaces de *replicarse*: esto puede resultar sencillo en las ciencias experimentales, pero es un elemento imprescindible en todas las ciencias. La réplica tiene directa relación con el *realismo* de una conclusión: en la medida en que se trate de corolarios asentados en la realidad, será sencillo aplicarlos a otros casos, como sucede con un cuerpo normativo bien elaborado, que puede servir de modelo para diferentes legislaciones, tal como sucedió con el emblemático trabajo de Andrés Bello. De ahí la insistencia, a lo largo de estos capítulos, de la importancia de navegar en las aguas del *realismo jurídico* y no simplemente en el campo de las teorías o las propuestas ideológicas o de conveniencia. Y esto se alcanza, precisamente, si se mantiene un apego constante al *ser*, su obrar y sus instituciones naturales, estudiadas desde la perspectiva propia de la justicia. En este sentido, el investigador debe estar en capacidad de *moderar* sus conclusiones, en el

¹⁹¹ Cfr. Emma Patricia Pacheco Montoya, *Investigación jurídica: guía didáctica*, cit., 62.

¹⁹² Patricio Rivas Rodríguez, *Investigación jurídica*, cit., 36.

¹⁹³ Patricio Rivas Rodríguez, *Investigación jurídica*, cit., 37.

¹⁹⁴ Cfr. Emma Patricia Pacheco Montoya, *Investigación jurídica: guía didáctica*, cit., 65.

¹⁹⁵ Óscar Sarlo, “El marco teórico en la investigación dogmática”, en *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, coords. Christian Courtis y Manuel Atienza Rodríguez (Madrid: Trotta, 2006), 175–208.

sentido de reconocer, con humildad, hasta dónde llega su aporte a la Ciencia del Derecho, y en qué punto empieza una nueva hipótesis, que podrá ser analizada en otro momento, por la misma persona o por otra: los aportes científicos, necesariamente son graduales¹⁹⁶. Otro aspecto importante, en esta misma línea argumentativa, es el hecho de reconocer los progresos de otros centros académicos diferentes al que ampara una determinada investigación, con el objeto de permitir que la Ciencia progrese, y mientras más sean los frentes de estudio, mejor. Es una lástima descubrir partidismos, vanidades y luchas infantiles en un campo que es patrimonio de toda la humanidad: si un científico persigue algo distinto de la sabiduría, es mejor que se dedique a otra tarea.

8.8. El plan de trabajo

El plan de trabajo debe estar en consonancia con el tema y la metodología. El profesor encargado de dirigir la investigación o el responsable del proyecto o línea de investigación debe aprobarlo, porque la investigación individual será el fruto, en mayor o menor grado, de más de una mente científica: no existen los *guerrilleros de la investigación*. El investigador debe tener un esquema que contenga las actividades que debe realizar a lo largo de su trabajo, con *fechas tentativas*¹⁹⁷ para cada una de ellas; en realidad, la responsabilidad de las partes debe trabajar de la mano de una necesaria flexibilidad, para estar en capacidad de superar imprevistos o dificultades que se presentarán, muy probablemente, durante de camino investigativo. Es importante –pero sobre todo prudente– que el plan de trabajo cuente con el *placet* o visto bueno del director de la investigación.

8.9. El presupuesto

Para cierto tipo de investigaciones, sobre todo en áreas como la Medicina o la Biología, el presupuesto resulta de vital importancia, más aún si la investigación se encuentra dentro de un proyecto científico oneroso. En el caso de las ciencias de perfil más humanístico, estas dificultades suelen ser de menor entidad. Sin embargo, esto no obsta para que se elabore, desde el principio, un presupuesto donde quede clara la inversión necesaria para el adecuado desarrollo de un trabajo específico, y quién se encargará de solventarlo: un centro académico, una fundación, el investigador, empresas privadas interesadas en los resultados que se obtendrán, etc.

8.10. La bibliografía

El último elemento que forma parte de la investigación es la bibliografía, que contiene los recursos intelectuales que han servido de consulta para el trabajo académico. El investigador deberá informar, normalmente en la parte final de su trabajo, sobre todas las fuentes consultadas, así como el origen y la fecha de consulta, si se trata de documentación obtenida a través de medios digitales: en este último caso, el investigador aprenderá a consultar fuentes serias, distinguiéndolas de otras menos académicas o simplemente divulgativas.

¹⁹⁶ Cfr. Luis Enrique Baquero, *entrevista*, 27–IX–2015.

¹⁹⁷ Patricio Rivas Rodríguez, *Investigación jurídica*, *cit.*, p. 38.

Bibliografía de la Segunda Parte

Aquinae, Thomas. 1888. *Opera Omnia*. Romae: Ex typographia polyglotta (Ed. Leonina). Obras citadas:

In De Caelo Et mundo.

In Duodecim Libros Metaphysicorum Aristotelis Expositio.

Summa Theologiae.

Super De divinis nominibus.

Super De Trinitate in Boethium.

Aristóteles, 2014. *Metafísica*. Buenos Aires: Gredos.

Artigas, Mariano. 1999. *El desafío de la racionalidad*. Pamplona: Eunsa.

————— 1999. *Filosofía de la Ciencia*. Pamplona: Eunsa.

Balaguer Callejón, Francisco (ed.). 2012. *Manual de Derecho Constitucional*, 7ª ed. Madrid: Tecnos.

Baquero, Jaime. 2009. *Ética para políticos y juristas*. Quito: Universidad de Los Hemisferios/Corporación de Estudios y Publicaciones.

————— 2010. *El Derecho, ¿para qué?*. 2ª ed. Quito: Universidad de Los Hemisferios/Corporación de Estudios y Publicaciones.

————— 2010. *Estado de Derecho y fenómeno religioso en el Ecuador*. Quito: Universidad de Los Hemisferios/Corporación de Estudios y Publicaciones.

————— 2013. Ciencia, Filosofía y Derecho: una lectura desde la visión posmoderna. *Actualidad Jurídica* 56, (noviembre–diciembre): 7–11.

————— 2014. Prioridades olvidadas: el papel de la Filosofía frente al Derecho. *Actualidad Jurídica* 60, (julio–agosto): 6–10.

————— 2015. *El Crisol del Guerrero: búsqueda de la perfección en las artes marciales*, 2ª ed. Quito: Universidad de Los Hemisferios.

Baquero, Luis Enrique. *Entrevistas*: 26–VI–2015, 19–IX–2015 y 27–IX–2015.

Bastidas, Ana. *La amistad en la relación maestro–estudiante*. Pro manuscrito.

Barbotin, Edmund. 1970. *Humanité De l'Homme*. Paris: Editions Aubier.

Bergoglio, Jorge Mario/Francisco, *Intervención en el Encuentro con los Miembros de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas*, New York, 25–IX–2015.

Boethius. *De Persona et Duabus Naturis*. Tomado de <http://www.saber.ula.ve> (21-VIII-2015) y www.perseus.tufts.edu/hopper (6-X-2015).

Burgoa, Lorenzo Vicente. 2010. *La Filosofía del juicio según Tomás de Aquino*. Pamplona: Cuadernos de Anuario Filosófico.

Cañas Lastarria, Rafael. 2010. Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. 0, N. 2 (enero): 265–272.

Cicero, Marcus Tullius. *De Legibus*. Tomado de www.historicodigital.com (4-IV-2015).

Codificación de la Ley de Casación, Registro Oficial Suplemento n. 299, del 24-III-2004.

Código Civil de la República del Ecuador. Séptima edición, Suplemento del Registro Oficial n. 104, del 20-XI-1970. Últimas reformas: Segundo Suplemento del Registro Oficial n. 843, del 3-XII-2012.

Comanducci, Paolo. 2003. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (editor), 75–98. Madrid: Trotta.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial n. 449, del 20-10-2008.

Copleston, Frederick. 1995. *Historia de la Filosofía*. Barcelona: Ariel.

Declaración universal de los derechos humanos. 10-XII-1948.

Del Vecchio, Giorgio. 1971 y 1996. *Los principios generales del Derecho*. Barcelona: Bosch.

Delibes, Miguel. *Discurso de entrada a la Real Academia de la Lengua*. Madrid, 25-V-1975.

Eco, Humberto. 1998. *Cómo se hace una tesis: técnicas y procedimientos de investigación, estudio y escritura*. Barcelona: Gerisa.

Espinel, Isabel. *Entrevista*: 21-VIII-2015.

Fabro, Cornelio. 1977. *Drama del hombre y misterio de Dios*, Madrid: Rialp.

Fazio, Mariano. 2012 *Al César lo que es del César: Benedicto XVI y la libertad*. Madrid: Rialp.

Gaii, *Institutionum*, (in código rescripto bibliothecae capitularis veronensis). 1845. Madrid: Typis Societatis Literariae et Tipograficae.

- Gilson, Étienne. 2004. *El espíritu de la Filosofía Medieval*. Madrid: Rialp.
- González, Zeferino. 1875. *Filosofía elemental*. Madrid: Imprenta de Policarpo López.
- . 1876. *Moral General o Nomología*. Madrid: Imprenta de Policarpo López
- Graneris, Giuseppe. 1949. *Contributi tomistici alla Filosofia del Diritto*. Tornino, Milano, Genova, Parma, Roma, Catania: Società Editrice Internazionale.
- Gusdorf, Geroges. 1973. *¿Para qué los profesores?* Madrid: Cuadernos para el diálogo Edicusa.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich. 1848. *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Hervada, Javier. 2001. *Introducción crítica al derecho natural*. Pamplona: Eunsa.
- Hortensius, Martinus. 1634 y 2006. *Oratio: de dignitate et utilitate Matheseos / History of Universities*. Ámsterdam (original) y Oxford: Oxford University Press.
- Inciarte, Fernando y Llano, Alejandro. 2007. *Metafísica tras el final de la Metafísica*. Madrid: Ediciones Cristiandad.
- Iustinianus. *Digestum vetus*, Tomado de: www.e-codices.unifr.ch (15–VIII–2015), y www.schoyencollection.com (3–III–2015).
- Larrea Holguín, Juan. 1975–1985. *Repertorio de Jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Kelsen, Hans. 1960. *Reine Rechtslehre*, 2ª ed. Wien: Franz Deuticke.
- Latorre, Ángel. 2004. *Introducción al Estudio del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- Llano, Alejandro. 2010. *Segunda navegación*. Madrid: Encuentro.
- López Rodríguez, Carlos Eduardo. 2009. Técnicas para la investigación y redacción de tesis y monografías jurídicas. *Revista de la Facultad de Derecho de Montevideo* 26 (enero): 81–104.
- Mantovani, Juan. 1960. *La educación universitaria*. México: Universidades.
- Maritain, Jacques. 1921. *Elements de philosophie: introduction generale a la philosophie*. París: Librairie Pierre Tequi.
- Martínez Caro, Diego. 2008. *Génesis: el origen del universo, de la vida y del hombre*. Madrid: Homo legens.

- Millán Puelles, Antonio. 1962. *Fundamentos de Filosofía*. Madrid: Rialp.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. 2009. *Introducción al Derecho*, 12ª ed. Bogotá: Temis.
- Naval Durán, Franciso y Altarejos Masota, Francisco. 2000. *Filosofía de la Educación*. Pamplona: Eunsa.
- Pacto internacional de derechos civiles y políticos. 16–XII–1966. Ratificado por el Ecuador el 6–III–1969.
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. 16–XII–1966 Ratificado por el Ecuador el 6–III–1969.
- Pacheco Montoya, Emma Patricia. 2012. *Investigación jurídica: guía didáctica*. Loja: Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja.
- Pastor Ridruejo, José. 2012. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 16ª ed. Madrid: Tecnos.
- Pieper, Josef. 2003. *El ocio y la vida intelectual*. Madrid: Rialp.
- Ponce Martínez, Alejandro. 1988. *Derecho Procesal: materiales para la cátedra*. Quito: Centro de Publicaciones PUCE.
- Popper, Karl. 1980. *La lógica de la investigación científica*, 1ª ed. En español, 5ª reimpresión. Madrid: Tecnos.
- Ratzinger, Joseph. 1968. *Introducción al Cristianismo*. Salamanca: Ediciones Sígueme.
- /Benedicto XVI. *Audiencia general*. Roma. 5–IV–2005.
- *Discurso pronunciado en el Encuentro con los jóvenes profesores universitarios*. El Escorial. 19–VIII–2011.
- Reale, Giovanni y Antiseri, Dario. 1995. *Historia del pensamiento histórico y científico, vol. 3, Del romanticismo hasta hoy*. Barcelona: Herder.
- Riofrío Martínez–Villalba, Juan Carlos. 2012. Las causas metafísicas como fuentes del Derecho, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 15, (enero): 259–308.
- La selección del método en la investigación jurídica. 100 métodos posibles / Selection of Methods for Legal Research. 100 Possible Methods. Artículo para la *Revista de Educación y Derecho* (pro manuscrito).
- Rivas Rodriguez, Patricio. 2011. *Investigación jurídica*. Loja: UTPL
- Salgado Pesantes, Hernán. 2010. *Introducción al Derecho: un esbozo de Teoría General del Derecho*. Quito: Manuales jurídicos.

Sarlo, Óscar. 2006. El marco teórico en la investigación dogmática. En *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, coords. Christian Courtis y Manuel Atienza Rodríguez, 175–208. Madrid: Trotta.

Taborga, Huáscar. 1982. *Cómo hacer una tesis*. México: Grijalbo.

Tsé, Lao, 1977. *Tao te King*. México: Premia editora.

Velarde Lombraña, Julián. 1989. *Historia de la Lógica*. Gijón: Universidad de Oviedo/Servicio de publicaciones.

Vender, Ludovicus. 1953. *Philosophia Iuris*. Romae: Officium libri catholici.

Verdesoto Salgado, Luis. 1967. *La investigación científica en el área jurídica*. Quito: Editorial Universitaria.

Witker, Jorge. 1986. *Cómo elaborar una tesis en Derecho*. Madrid: Cívitas.

Xirau, Joaquín. 1942. *Lo fugaz y lo eterno*. México: Centro de estudios filosóficos de la Facultad de Filosofía y Letras, C. G. E. S. A.

Páginas web consultadas y última fecha de consulta:

<https://archive.org/stream/elementsdephilos01mari#page/138/mode/2up>. 28–VIII–2015.

www.corpusthomicum.org. 21–IX–2015.

www.e-codices.unifr.ch. 20–IX–2015.

www.familystructurestudies.com. 5–X–2015.

www.historicodigital.com. 4–IV–2015.

www.perseus.tufts.edu/hopper. 6–X–2015.

<https://repositorio.uam.es/handle/10486/5186>. 20–VIII–2015.

www.saber.ula.ve. 21–VIII–2015.

www.schoyencollection.com. 23–VIII–2015.

www.udcc.org. 23–VIII–2015.