



LOS SÍNDROMES Y RETOS QUE DEBE SUPERAR LA INVESTIGACIÓN EN DERECHO EN LA CULTURA JURÍDICA COLOMBIANA *

The syndromes and challenges that the research in law in the colombian legal culture must overcome

María Cristina Gómez Isaza**

Ana Patricia Pabón Mantilla***

Liliana Estupiñán Achury****

Fecha de recepción: 07/11/2019. Fecha de aceptación: 28/12/2019

DOI: <http://dx.doi.org/10.21017/Rev.Repub.2020.v28.a76>

RESUMEN

El texto que se presenta reflexiona acerca del peso de la tradición jurídica del siglo XIX en la formulación de proyectos de investigación en Derecho. La reflexión parte de la revisión de literatura y del análisis crítico de dichos textos. El resultado muestra, en una primera parte, lo que denominamos los síndromes que aquejan al investigador del derecho cuando inicia su proyecto de investigación y que están ligados a una visión racional y tradicional del derecho. En una segunda parte se exponen los lineamientos de lo que sería una propuesta de investigación que supere la tradición dogmática, en un contexto como el colombiano en el que se requieren investigaciones para comprender la realidad y que de esa comprensión se derive su transformación.

* Artículo de reflexión derivado del proyecto de investigación Erasmus+Capacity Building in Higher Education financiado por la Universidad Libre y cooperantes.

** Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra, profesora investigadora vinculada a Universidad de Antioquia. Líder del grupo de investigación Derecho y Sociedad.

*** Doctora en Derecho por la Universidad Libre. Magíster en Hermenéutica jurídica y derecho de la UIS. Profesora investigadora vinculada a la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Líder del grupo de investigación en Teoría del Derecho y Formación jurídica. Investigadora sénior en Colciencias.

**** Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia. Estancia posdoctoral en Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia (España). Magíster en Derecho Procesal. Profesora investigadora de la Universidad Libre, seccional Bogotá. Líder del grupo de Investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz. Investigadora sénior en Colciencias.

Palabras clave: investigación jurídica, positivismo, teorías críticas, hermenéutica crítica, nuevo derecho.

ABSTRACT

The text presented reflects on the weight of the legal tradition of the nineteenth century in the formulation of research projects in Law. The reflection is based on the review of the literature and the critical analysis of these texts. The result shows, in the first part, what we call the syndromes that afflict the law researcher when he starts his research project and that are linked to a rational and traditional vision of law. In a second part, the guidelines of what would be a research proposal that exceeds the dogmatic tradition are exposed, in a context like the Colombian in which research is required to understand reality and that from that understanding derives its transformation.

Keywords: Legal research, positivism, critical theories, critical hermeneutics, new law.

INTRODUCCIÓN

La investigación jurídica que se produce en las universidades en Colombia vivió un largo sueño dogmático del que poco a poco se ha ido despertando. Esto ha sido caracterizado en distintos trabajos en los que se analiza el estado de la investigación jurídica en el país, que por diversas circunstancias muestra una fuerte tendencia hacia paradigmas teóricos positivistas y, a lo sumo, hermenéuticos (Estupiñán, L. & Cárdenas M., 2004).

Este fenómeno se da en buena parte por la falta de recursos económicos destinados a la investigación en derecho, por la falta de asignación horaria a los profesores, por ausencia de formación, entre otros aspectos (Nieto, 2006, p. 55-61).

Esta situación se da en un contexto en el que las universidades deben cumplir estándares de calidad para la renovación de registros y acreditación, con pocos recursos propios y con escasa financiación por parte del sistema nacional de ciencia y tecnología, sistema que destina cada vez menos recursos a financiar investigaciones de ciencias sociales aplicadas y en donde se sacrifican las áreas humanistas del conocimiento en pro del mercantilismo cuantitativo (Irizar, L., Estupiñán, L., Noguera C., González, J. & Barragán, L., 2015).

Esta herencia ha propiciado lo que se denominará los síndromes a los que se enfrenta el investigador del Derecho al momento de presentar un proyecto de

investigación, síndromes que se transfieren y reproducen mediante la enseñanza y formación para la investigación que se hace en los programas de posgrado.

El texto que se presenta es una reflexión que se produce con base en los resultados de la investigación Erasmus+Capacity Building in Higher Education. Parte de la revisión de fuentes documentales sobre investigación jurídica en Colombia e investigación jurídica en general. Se hace una interpretación de las fuentes consultadas desde una perspectiva crítica; el resultado de su interpretación constituye una valoración de estas fuentes y una propuesta que busca proponer algunas líneas para superar las dificultades identificadas.

La exposición del texto presenta, en una primera parte, una lista de los síndromes que aquejan al investigador del derecho cuando inicia su proyecto de investigación, que van desde la descripción del problema y su diseño metodológico. En una segunda parte se esbozarán algunas alternativas que pueden ser utilizadas para superar la tradición y asumir una empresa de transgresión de esta cultura racional y tradicional, en un contexto como el colombiano en el que se requieren investigaciones para comprender la realidad y que de esa comprensión se derive su transformación.

I. DEFINICIÓN E INVENTARIO DE LOS SÍNDROMES DE LA INVESTIGACIÓN TRADICIONAL EN DERECHO

Para la Real Academia de la Lengua un síndrome puede definirse en su segunda acepción como el «Conjunto de signos o fenómenos reveladores de una situación generalmente negativa» (RAE, 2019). Este sentido puede ser aplicado en la caracterización de las dificultades que afrontan quienes adelantan procesos de investigación en derecho, una disciplina que se ha encargado de consolidar relatos de verdad o de autoridad, que han sido tomados para nuestras investigaciones, interpretaciones y prácticas.

La lista de síndromes está ligada a discusiones que se remontan al siglo XIX acerca de la definición de qué es el derecho y cómo debe ser interpretado y estudiado y que se ha consolidado en su abstracto discurrir en la creencia de que el derecho es un objeto formal y con actores y roles definidos. Esta postura es apenas superada por una visión interpretativa del derecho. Desde aquí la tensión parece oscilar entre positivismo y hermenéutica (Mejía, 2014, p. 16).

A pesar de que la dimensión positivista del siglo XIX ha sufrido embates políticos, económicos y morales surgidos del advenimiento de la crisis del estado

de derecho clásico, de las que se resaltan la insuficiencia de la democracia representativa (la crisis de la legalidad, la exclusión de los no propietarios de los derechos fundamentales, las exigencias de igualdad material, entre otros), sigue siendo una tradición fuerte, que se destaca en los productos de la investigación jurídica.

La crisis del Estado de derecho y de su concepto formal de lo jurídico ha encontrado en los procesos de constitucionalización y globalización del derecho argumentos para sugerir la imposibilidad de separar el derecho de su relación con la justicia material. A pesar de estas realidades, que sugieren una dimensión más cercana del derecho a sus ideales de justicia y a sus pretextos políticos, no ha sido suficiente para dialogar con una nueva cultura jurídica o un nuevo concepto del derecho; los abogados insisten en descripciones que reproducen los mismos conceptos abstractos.

Quien investiga desde esa dimensión tiene una función de tipo descriptivo que no es deleznable: dar cuenta de lo vigente y establecido en las normas jurídicas sin añadir nada más que interpretaciones de las figuras o institutos jurídicos. Ahora, si se pretende este tipo de investigación, llamada generalmente «dogmática», es necesario asumir que esta dimensión formal aporta a la estabilidad de las instituciones y al mantenimiento de las mismas y tiene un bajo poder transformativo de la realidad de los menos aventajados, como lo han expuesto las teorías críticas (Pérez, 1996).

La investigación, desde una visión dogmática o positivista, adolece de algunos síndromes que afectan el avance en el conocimiento del objeto del derecho, más allá de su dimensión formal normativa; dichos síndromes son –sin que se considera una lista taxativa– el síndrome de la racionalidad, el síndrome de la autoridad como verdad, el síndrome de la voluntad general, el síndrome de Grecia y Roma, el síndrome de la institucionalidad, el síndrome de la esencia o del ser.

Estos síndromes crean inseguridades y dificultades si se quiere emprender una propuesta creativa, crítica y transgresora de la investigación jurídica; la supremacía de la dimensión positiva, dogmática y formal impide ver otros elementos del derecho como objeto de estudio; de ahí la necesidad de caracterizarlos con la finalidad de superarlos.

a. La racionalidad del derecho: Se basa en la creencia de que el derecho es un orden, cuya estructura puede ser descrita de manera objetiva como jerárquica, coherente y sin contradicciones. Los textos jurídicos contienen «todo el derecho que se precisa para resolver los conflictos sociales» (Saavedra, 2000, p. 225).

El Derecho es un objeto perfecto, capaz de responder a todos los conflictos que se presentan de manera objetiva y sin dudas cuando se demanda justicia ante el Estado (de derecho). El investigador ha elaborado esta creencia, pues le han contado que el derecho está conformado por normas jurídicas; estas tienen una estructura lógica de reglas que establecen una relación entre un sujeto activo y un sujeto pasivo, por medio de una acción u omisión, relación que se encuentra de manera evidente en el texto de las normas, y el investigador solo requiere leerlas para deducir qué es derecho y a quién le corresponde. El Estado no aparece en esta definición de norma; lo hace en caso de conflicto, como un tercero objetivo con competencia para declarar el derecho por vía judicial o administrativa bajo la idea de justicia formal (verdad jurídica).

El derecho formal es conocible y reconocible por medio de la lectura de sus normas, de las que no se pone en duda el alcance claro y diáfano de sus palabras y la legitimidad de su origen que se encuentra en la representación del pueblo.

Asumir que el derecho es razón es socialmente excluyente de las desigualdades, de las diferencias y de las oposiciones; al padecer de este síndrome creemos que existe una verdad y no permitimos la disidencia y los cambios sociales, los intereses emergentes y distintos que la sociedad, sus individuos y sus grupos promueven reivindicando su propia historia y su interpretación de la justicia.

Este síndrome ha tenido algunos antídotos teóricos que han posibilitado que el investigador del derecho, desde su dimensión formal, tenga una ocupación mayor a la de reproducir textos y compilarlos. Entre los antídotos se cuenta la integración del papel de los principios al derecho (Dworkin, 2013; Alexy, 1993; Zagrebelsky, 2008), la distinción entre casos fáciles y difíciles (Dworkin, 2012), las zonas de claridad y de penumbra (Hart, 2011), la supremacía de la Constitución (Häberle, 2001), la garantía de los derechos fundamentales (Ferrajoli, 1997), entre otros.

- b. La autoridad y la interpretación del derecho como verdad:** Este síndrome se construye de varios conceptos necesarios que ayudan a mantener la idea de orden, propuesta por el síndrome del derecho como razón. Estos conceptos son los de legitimidad y competencia, que buscan centralizar la producción normativa en el Estado y en sus instituciones y la racionalización del uso de la fuerza.

Estos argumentos (conceptos) de la creencia formal del derecho crean una hermenéutica que alienta una labor no creativa del intérprete del derecho;

en esta función de adjudicación de sentido a las reglas del derecho, el fin es indagar por el sentido de la autoridad. Se debe buscar la intención del legislador que se encamina al bien común. La técnica de «desentrañar este sentido» utiliza criterios necesarios que se encaminan a la búsqueda de la intención del legislador o de su espíritu, cuando no está claramente definido en el texto normativo.

Acompañan a estos conceptos las ideas de que la autoridad es clara en sus mandatos y ello se evidencia en las normas reglas; si no es clara la orden de la autoridad, es posible recuperar su sentido en la historia que queda consignada en los debates y en las exposiciones de motivos que precedieron a su consagración. La historia ayuda a describir los sentidos del interés bondadoso de su autor; si formalmente no es posible justificarlo en un texto escrito, se debe acudir a la idea de un sistema; este se construye para ampliar los sentidos de dicha autoridad al recurrir a otras normas que tratan acerca del mismo tema o hacen parte del mismo instituto jurídico; ante una idea deficitaria de sistema, en la que no es el sistema el culpable de la oscuridad de las palabras de las reglas, sino la realidad que siempre es más amplia, se recurre a la idea de espíritu del legislador, que no es más que una capitulación final, cuando la forma no es justificable y se debe sacrificar algún concepto material de justicia.

Ost ha considerado este síndrome como mito « del legislador racional» (García, M., 1989) arraigado en la creencia de los intérpretes del derecho de que quien hace la legislación es una autoridad que goza de cuatro tipos de racionalidades: lingüística, praxeológica, epistemológica y ética. El legislador sabe utilizar las palabras con las que redacta las normas, sabe además construir frases y oraciones coherentes y no contradictorias, conoce de las ciencias de las que habla en las regulaciones normativas y siempre busca el bien común.

Este tipo de autoridad toca mágicamente a la norma jurídica y la asume como una decisión cuasidivina que no puede ser discutida por el investigador del derecho, pues asumiría posturas como el escepticismo, la crítica y la subversión. Quien investiga en Derecho bajo esta idea de orden y autoridad encuentra que su objeto debe ser descriptivo y que su posibilidad de aporte a la ciencia del derecho es la de alentar una actitud paliativa ante los errores del legislador: por exceso o por defecto.

Acude en la ayuda del investigador formal la posibilidad de describir una laguna o una contracción en el orden formal que puede ser subsanada con interpretaciones amplias del significado de autoridad, en razones simila-

res, o en razones lógicas como «lo menos es menos y lo más es más», «lo mayor permite lo menor y lo menor será lo menor siempre y cuando no agreda la libertad».

Algunos antídotos teóricos han ayudado a los investigadores que se alejan de la autoridad del derecho desde la perspectiva formal: el Estado constitucional y la variación de las fuentes del derecho (Ferrajoli, 1997), la democracia deliberativa (Habermas, 2008, 2010), lo racional como razonable (Aarnio, 1991).

- c. **La voluntad general:** Las minorías son vistas por el discurso liberal burgués como portadoras de privilegios políticos: estas atropellan a la mayoría que está por fuera de dichos privilegios; la distinción de trato llamada privilegio es un despojo del derecho natural de igualdad.

Se atribuye a este concepto la regla de decisión de la democracia representativa: la mitad más uno no se equivoca. Ella es la soberana, indivisible, imprescriptible e inalienable; este poder radica en la nación a la que le corresponde decidir su destino. Aquellos individuos que no están de acuerdo con la mayoría «sabia y soberana» solo pueden expiar sus culpas (errores) adhiriéndose a dicha voluntad mayoritaria. Este síndrome describe el miedo del investigador a proponer algo diferente a lo aceptado por la mayoría. Pero este síndrome, en su contexto histórico, solo describe cómo la minoría es vista con sospecha, pues en las monarquías dichas minorías encarnan privilegios.

Bajo el remedio del dolor y del repudio a la crueldad del poderoso, en la época de las grandes guerras europeas del siglo XX, una postura política frente al derecho se denominó constitucionalización. Las constituciones se consideraron normas justiciables y directamente aplicables. Sin embargo, nadie cayó en cuenta en ese momento del uso político del poder del intérprete de la constitución que años después, bajo el pretexto de la protección de minorías débiles, desató una lucha por el poder de las fuentes del derecho con el representante del pueblo y construyó en medio de esta pugna política un contra-antídoto que se denominó la «teoría del precedente» y del «*stare decisis*»: del formalismo en la interpretación de las reglas, «legicentrismo», se pasó al formalismo judicial y la interpretación de sus decisiones como normas, «jurisprudencialcentrismo».

En la práctica trasladar la forma del derecho de una regla abstracta a una regla jurisprudencial ata al derecho en su casuismo y es posible que termine este mismo casuismo, condenando a la justicia material a la misma suerte de la justicia formal.

Este síndrome es frágil, pues no es políticamente correcto argumentar en su defensa en las épocas de activismo judicial, luchas sociales por los reconocimientos y derechos fundamentales con categoría de derechos humanos; sin embargo, debemos confesar como investigadores la «seguridad jurídica» que nos produce cuando describimos que existe regulación normativa (sea cual sea su origen aunque sea de derecho internacional) y la inseguridad que siente el investigador cuando la mayoría y su autoridad cuasidivina no se han ocupado del asunto problemático que nos concierne. Como antídoto a este síndrome vale revisar las tesis sobre contra públicos de Nancy Fraser (1997) y los cuestionamientos acerca de las mayorías sin democracia de García Villegas y Revelo (2009).

- d. **Grecia y Roma: los murmullos de una canción de cuna:** Al inicio de toda reflexión formal e institucionalista del derecho asumimos que su origen o «cuna» es Grecia o Roma. Creemos en nuestra condición de investigadores que nada es nuevo en el derecho y que cualquier debate acerca del mismo ya se dio en Grecia o en Roma.

Resultado de esta idea, aparece otra menos rígida, que describe el derecho y sus institutos o instituciones como un trasegar lineal que inicia con los griegos y los romanos y que ha evolucionado hasta nuestros días. Este relato lineal de evolución se asemeja a las canciones de cuna cuya letra es la misma: un inicio que describe nuestro miedo a no dormir para luego asegurar que ha desaparecido ese origen y que ya no existe miedo (solo sueño).

Utilizar este síndrome de que nada hay nuevo desde que Roma existió y desde que Grecia la colonizó estéticamente ayuda a aliviar algunos sentimientos de culpa como estos: «el derecho no siempre es justo... esto lo muestra la historia»; «no tengo que justificar nada, pues esto que digo que es derecho está justificado por otros seres que me precedieron».

Lo anterior no hace más que alentar la irresponsabilidad del investigador ante las crueldades del derecho, sus interpretaciones amañadas y faltas de humanidad. Esta falta de responsabilidad termina haciendo eco de un juego infantil en el que nunca nadie se robó un tarro de galletas: «*quién se robó el tarro de galletas que había en la despensa*», cantan los niños en coro; luego, uno de ellos menciona a un niño que hace parte del coro y este, interpelado por ser el ladrón, manifiesta que no es; y así continúa el coro buscando a un ladrón responsable del juego que desaparece entre la pereza de la repetición del estribillo inicial y así se juega a jamás encontrar un responsable.

El contexto histórico de la prevalencia de antecedentes remotos en la búsqueda de lo jurídico se ubica en la teoría savigniana de los institutos jurídi-

cos, en la que era necesaria una lectura de la historia del derecho desde Roma para unir en un sistema jurídico a una Alemania que apenas nacía (Garrido, 2017).

Como advierte Oliveira (2006), «no me venga con el código de Hammurabi»; pues muchas referencias a la evolución histórica muestran problemas y confusiones metodológicas (p. 283-283). Pero, ¿de qué nos sirven las referencias históricas a Roma o Grecia en el relato del derecho? Esa sería la pregunta necesaria que debe hacer el investigador si quiere citar esta historia en su investigación.

Algunos antídotos teóricos han aparecido como las teorías decoloniales (Dussel, 2001) y marxistas (Pérez, 1996) que ayudan al investigador a prevenir los riesgos de una abstracción histórica del derecho.

- e. **La institucionalidad:** Es un síndrome maleable que depende del contexto de la realidad política de quien investiga: no es lo mismo investigar el derecho en medio de la institucionalidad de un Estado legislativo o de un Estado constitucional o en medio de un mercado interno o del mercado global.

Se trata de establecer que el objeto de investigación puede ser explicado desde las fuentes del derecho como autoridad institucional y de los comentarios precedentes que acerca del mismo ha elaborado la tradición jurídica: el derecho solo puede ser estudiado rigurosamente desde la normatividad, la jurisprudencia y la doctrina.

La alusión a las fuentes del derecho como fundamento necesario para su estudio riguroso y científico, en el caso de la normatividad, ha tenido matices; ya no son las reglas, ya que se puede acudir a los principios, a los convenios y a los tratados internacionales, además de las normas constitucionales de valores políticos y principios morales.

En el caso de la jurisprudencia, resulta relevante hacer líneas y descripciones de los cambios del precedente con el fin de mostrar que la transformación descrita no tiene un origen diferente a la decisión acuciosa y noble de un alto Tribunal que la unifica en bien del interés de las minorías (López, 2016a y 2016b).

El derecho formal mira las instituciones y su ocupación es la de establecer y crear un orden que se debe mantener. Esta dimensión de lo jurídico puede tener un antídoto político al ser un punto de partida para propiciar reformas normativas y políticas públicas. Entre los antídotos teóricos están la versión del trialismo jurídico (Reale, 1973), los diálogos inter y

transdisciplinarios del derecho como ciencia social, la versión cultural del derecho, entre otros que sugieren narraciones alternativas.

- f. **La búsqueda de la esencia y de la verdad:** La luz y la oscuridad sentida en la caverna platónica nos condenó culturalmente a conocer apariencias; en los relatos racionales más optimistas (Descartes, 1980) se apreció la posibilidad de llegar a la verdad luego de aplicar procedimientos de constatación. La verdad como adecuación del objeto investigado y la comprensión del sujeto es el reto del científico.

El derecho encontró esa sumisión a la esencia y a la verdad de la mano de la lista de los síndromes anteriores: la racionalidad, la autoridad, la voluntad general, la institucionalidad, el diálogo racional. Su pretensión de ciencia exacta es la manifestación expresa de un discurso que quiere mantener la estabilidad y la certeza y que niega otras dimensiones que lo muestran en su naturaleza cultural.

Sin embargo, las verdades del derecho son ganancias políticas y económicas de una época histórica. Su realidad, como objeto cultural, no es ajena a estas contingencias y a las reivindicaciones que acerca de la justicia han hecho individuos y grupos sociales que apropian el derecho como su verdad: hoy es *deber ser* y no se sabe si mañana lo será.

Es por ello que no existe una verdad jurídica, sino muchas interpretaciones del derecho que son verdades contingentes y creadas de las expectativas de justicia y de un mundo menos cruel. Pero esta aseveración no tranquiliza las preocupaciones que tienen los investigadores del derecho, pues al investigar sentimos un objetivo no confesado: ver reflejadas nuestras interpretaciones acerca de lo jurídico para llegar a la condición de «doctrinante».

Varios son los antídotos teóricos a este síndrome de buscar la esencia y la verdad del derecho desde las formas jurídicas: teorías políticas, sociológicas e históricas acuden en su ayuda, a tal punto que se habla de la inter y transdiscipliniedad del derecho como ciencia social. Aplicado este antídoto es probable que sienta un miedo posterior consistente en que digan que usted no es abogado.

2. PROPUESTA METODOLÓGICA ALTERNATIVA

Hace un tiempo escuchaba la discusión con un niño acerca de la negativa de su tía de regalarle armas de juguete; el niño pedía que le regalaran una espada y se empeñaba en que la espada no generaría dolor ni muerte, que esta era

necesaria para que él liberará a una princesa que había sido raptada por un dragón. Así es el derecho: un objeto que puede materializar las expectativas de justicia y también causar injusticia, daño y abandono de la institucionalidad. La idea del derecho racional con la que nos formamos tuvo una única intención. Ella en sí misma no es mala ni buena, tuvo un contexto político y social real: crear un orden y evitar privilegios y daños a una clase social emergente llamada burguesía. Si esta idea del derecho histórica e institucional se ha tornado en injusta para casos dramáticos o radicales, requiere entonces de una revisión. Lo anterior no significa que esa concepción ahora sea una verdad y que quienes la defienden están en un bando de seres desalmados. Se buscan alternativas de debate en las que el derecho se encuentre con su contenido humano de igualdad y de pluralismo y no con su contenido humano de fanatismo y radicalidad.

Hay que cuidarse de caer en la misma fragilidad de crear dos bandos teóricos o ideológicos entre investigadores del derecho; en momentos de injusticia y de infamia del conflicto armado el derecho debería asumir todas las dimensiones diversas en pro de un compromiso común: reinventar la democracia, la sociedad y la dignidad humana. Es posible ir por diversos caminos, aquellos que son permitidos cuando existe (como en el caso del derecho) un objeto cultural con diversas interpretaciones y sentidos. Se trata de evitar que el derecho sea un pretexto para la creación de contenidos agresivos y violentos.

Para proponer elementos para un diseño metodológico alternativo es necesario iniciar con una idea del derecho confesada y explícita en nuestro trabajo de pesquisa; este punto arquimédico nos permite presentar la duda como problema a investigar. Si lo anterior no está claro, el origen de nuestra empresa es angustiante, ya que no podemos construir nuestro relato de investigación y nuestros hallazgos no podrán tener defensa posterior.

Decía Reale (1980): «dime qué piensas del derecho y te diré cómo lo interpretas»; en este inicio podría ser descrito como dime qué crees que es el derecho y te diré como lo investigas.

Las teorías acerca del derecho son muchas; no se trata de crear una nueva teoría, solo de explicitar la descripción de nuestra creencia o ideología acerca de lo jurídico, con lo cual, estamos allanando el camino de la comunicación y de la metodología de nuestro trabajo investigativo.

Una vez determinada la creencia acerca del derecho, podemos ratificar al final del proceso de elaboración de nuestra investigación la misma creencia o podemos modificarla. Para ello se requiere de una disposición de ánimo abierta y sin prejuicios irrefutables.

No es lo mismo una boa que traga un elefante que un sombrero, es necesario aclarar nuestra creencia a tal punto de dibujar todos los detalles necesarios en nuestra obra para que ella pueda ser comunicable: lo que se pretende con una investigación es un dibujo de una intención individual del investigador que debe ser comunicada y no debe tener la pretensión de ser un dogma o una verdad. Debemos asumir que una vez construimos un objeto o problema de investigación, este objeto o problema ya no es nuestro, los demás lo interpretarán «a su manera»; hay que cuidarnos de imponer nuestra creencia, pues iría en contra de uno de los compromisos del investigador: propiciar debates.

2.1 Tareas a emprender: Una vez determinada nuestra creencia de lo que es el objeto del derecho, podemos resolver las preguntas necesarias para construir un proyecto de investigación. El proyecto de investigación hace parte de una comunicación racional en una comunidad de investigación, pero no es un corsé que lo ata a seguir una visión formalista del derecho (a pesar de que su construcción se asimila bastante a una minuta).

Resuelva esos aspectos a manera de *checks list*; si encuentra que los asuntos consignados en esa lista son una limitación, puede utilizar el recurso a las palabras y, como Borges, inventar una zoología fantástica (una metodología fantástica inexistente hasta nombrarla).

Primero: Formule la propuesta: Por tradición racional los proyectos de investigación responden a las siguientes preguntas que hacen parte de un inventario que debe quedar consignado en la redacción de su proyecto de investigación:

- a. **¿Qué tipo de investigación se propone?** Usualmente se responde de manera dicotómica e irreflexiva, «cuantitativa o cualitativa», «teórica o aplicada».
- b. **Descripción del objeto y planteamiento del problema:** vacío, contradicción, incoherencia, injusticia, inhumanidad, indignidad, insensibilidad, crueldad o daño que se quiere indagar.
- c. **Objetivos:** generalmente son clasificados en general y particulares. Sea claro en torno a la presentación de estos, pues si hay un problema claro el primer objetivo es resolverlo, describirlo, proponer una revisión, etc.
- d. **Marco teórico:** Se trata de los autores que tienen posturas o reflexiones similares y que nos antecedieron en la reflexión. Se trata de hacer una decisión específica de aquellos autores que más influyen nuestra investigación y de confesar que hemos sido influenciados por ellos. También hay que asumir la antibibliografía: se trata de citar también a los que no creen lo que nosotros creemos, no para aleccionarlos y criticarlos como herejes, pero

sí para reconocerles el camino investigativo por ellos iniciado y porque sus posiciones y creencias nos hacen plantear una alternativa distinta, y de citar a los invisibles, como mujeres, latinos y no occidentales.

- e. **Métodos:** buscan comunicar el camino tomado para resolver nuestro problema; los más utilizados en ciencias sociales son histórico/etnográfico, hermenéutico/analítico, crítico, propositivo, deductivo/inductivo, síntesis/análisis, comparativo.
- f. **Técnicas o instrumentos:** observación, entrevistas, entre otras. Serán tantas o tan pocas como las que cada método o decisión metodológica le exija para comunicar el objeto-problema de investigación a su auditorio de lectores.
- g. **Estado del arte:** en el mar del conocimiento, hay que sistematizar referentes bibliográficos de otros que han investigado en un horizonte similar al que se propone.

De la lista de las preguntas a resolver que plantea un proyecto de investigación, la más difícil quizás es la del diseño metodológico, que debe contener por lo menos el método, sus técnicas e instrumentos. Esta pregunta por la metodología es difícil de resolver; al ser resuelta, el investigador responde preguntas más profundas como: ¿qué es ciencia?, ¿qué es verdad?, ¿qué es razón?, ¿qué es la praxis?, ¿es el derecho una ciencia? El investigador del derecho al decidir por un diseño metodológico responde de manera implícita a estas preguntas.

Albert Calsamiglia (1986), luego de hacer un recorrido por los principales métodos de la ciencia a lo largo de la historia, advirtió sobre las dificultades que asume la Ciencia Jurídica al intentar crear un único método de conocimiento. Este relato permite comprender que la ciencia jurídica y la metodología jurídica son complejas e inasibles, pues a estas les toca la difícil descripción de «un deber ser». El estudio y el conocimiento del derecho desde su perspectiva solo formal y de su estructura del «ser» le dejan al investigador la angustia de no poder encontrar la metodología perfecta que describa la relación entre derecho y justicia.

Los varios métodos por los que ha trasegado la ciencia jurídica no han estado al margen de la preocupación por la verdad y si a ella se accede por la razón o por la experiencia, o de la discusión de cómo se comprueba la verdad, si es en el contexto de su descubrimiento o en el contexto de su justificación.

Calsamiglia (1986) entiende por metodología aquella disciplina que tiene por objetivo proporcionar criterios para reconocer la verdad; tanto el racionalismo

como el empirismo han hecho que esta disciplina construya y destruya los criterios más o menos claros para reconocer la «verdad jurídica» (p. 36); reclama por ello mayor libertad para el conocimiento del derecho y asegura con Feyerabend (2015) que es más adecuado para nuestro quehacer investigativo el anarquismo metodológico: «todo vale si aumenta el conocimiento».

En nuestro contexto social y político es necesario un contenido adicional al anarquismo metodológico: «todo vale en el derecho si hacemos relatos menos crueles y más sensibles a la existencia del otro».

Para este autor, los métodos más relevantes por los que históricamente se han resuelto los debates acerca de la ciencia –las verdades– son el racionalista, el empírico, la epistemología kantiana, el empirismo lógico y el falsacionismo. Concluye de la mano de Kuhn que ciencia es lo que hacen y reconocen como ciencia las comunidades científicas (Calsamiglia, 1986, p. 39).

El método racionalista clásico tiene su origen en Platón y luego en Descartes, para quien la verdad es manifiesta y, una vez descubierta, se hace evidente a todos. Es necesario partir de proposiciones evidentes que no necesitan demostración, para deducir de ellas un número inacabado de proposiciones científicas que no pueden ser puestas en duda. En este proceso la razón es la facultad humana que permite el conocimiento de la verdad: «la justificación de la verdad de una proposición se encuentra en su origen: la razón» (Calsamiglia, 1986, p. 22).

El método empirista es descrito en su origen por Bacon, quien rechazó las tesis racionalistas y partió de la idea de verdad como expresión de los hechos; para acceder a la misma, se requiere del método experimental. En la naturaleza reside la verdad y esta puede ser leída por los sentidos. El científico debe acumular observaciones de manera objetiva (limpia de prejuicios y expectativas). Por ello debe abstenerse de formular hipótesis previas a la observación. El camino a la verdad es sencillo: se deben observar los hechos, se debe analizar y clasificar, y a través del método inductivo, se deben formular generalizaciones.

Hume como empirista negó el proceso de generalización de la inducción, pues no hay nada en un objeto cualquiera, considerado así mismo, que nos dé alguna razón para extraer una conclusión, que vaya más allá de él mismo.

El racionalismo epistemológico es la apuesta kantiana por articular racionalismo y empirismo; para ello Kant describió el carácter creativo de la ciencia sin negar su carácter empírico (Casamiglia, 1986, p. 24).

Nuestros conocimientos no preceden a la experiencia y todos comienzan en ella, y el mundo tal como lo conocemos es el resultado de la actividad organizadora de la razón; así las cosas, la ciencia crea su objeto. Nuestro conocimiento no se obtiene de las leyes de la naturaleza, sino que impone sus leyes a la naturaleza; es por ello que la actitud del científico es creativa. Con lo anterior Kant hace un aporte al contexto del descubrimiento más que al contexto de la justificación, la razón es la única que puede convertir en ley los fenómenos naturales (Casamiglia, 1986, p. 25).

El empirismo lógico creado por el círculo de Viena se ocupará del contexto de justificación bajo el denominado criterio de verificación. Tres son sus postulados: distinción entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación; la verificación como criterio para identificar enunciados significativos; justificación de la inducción en términos probabilísticos.

Para este empirismo no hay reglas lógicas aplicables a la actividad del descubrimiento, ni la transición de los datos observados a la teoría; esto requiere la creatividad del investigador (Casamiglia, 1986, p. 28).

Para los empiristas lógicos la ciencia no se entiende como una actividad de búsqueda de la verdad, sino como un conjunto de enunciados significativos (Casamiglia, 1986, p. 25). Esta definición de ciencia los diferencia a los empiristas clásicos, pues el empirista lógico se ocupa de la validez de los enunciados y pone mayor énfasis en el contexto de justificación y no en el contexto del descubrimiento. Un enunciado es significativo solo si es verificable; es por ello que las proposiciones metafísicas no son auténticas proposiciones porque no son significativas: son irracionales e inefables; este criterio de verificación tiene como consecuencia la expulsión de las proposiciones metafísicas, valorativas e ideológicas de la ciencia (Casamiglia, 1986, p. 29).

El falsacionismo de Popper (1973) matiza el rigorismo del criterio de verificación, pues dicho criterio de los empiristas lógicos olvida que la ciencia se plantea en proposiciones universales y en teorías y la verificación en sí misma es un criterio metafísico, la ciencia por tradición utiliza conceptos abstractos que son fruto de la observación; finalmente la verificación puede tener una labor de censura al determinar qué enunciados son significativos y cuáles no.

Para el falsacionismo, el principio de inducción no es capaz de justificar la verdad, pues un enunciado universal no puede ser verificado partiendo de enunciados particulares. No existe para ello una lógica de contrastación positiva, pero se puede, mediante inferencias negativas, demostrar la falsedad de los enunciados universales: no se puede afirmar que un enunciado universal es verdadero pero sí se puede afirmar que un enunciado universal es

falso. Por lo anterior, para Popper las teorías científicas son provisionales y son científicas en la medida en que están expuestas a la refutación. Las teorías son científicas por la ironía histórica de que en la comunidad de científicos no han sido refutadas.

Concluye Calsamiglia con este *iter* histórico advirtiéndole que no existe una metodología o un método y que el investigador solo puede asumir de manera honesta «decisiones metodológicas» al momento de entrar a debatir su objeto de investigación y que «solo se permanece en la ciencia si se respetan las reglas de juego» (1986, p. 37).

Segundo: ninguna propuesta nace en el vacío: Defina su postura frente a lo que propone, atrevase a despertar del sueño del siglo XIX para ello:

- a. La serendipia: «Lo que no sabemos es más importante de lo que sabemos por ser inesperado», Taleb (2012).

En el ámbito de las ciencias sociales ningún descubrimiento y ninguna tecnología destacable surgieron del diseño y de la planeación. El cisne negro tiene tres atributos: rareza; nada del pasado lo describe como posible; pese a su rareza la naturaleza humana hace que inventemos explicaciones de su existencia después del hecho, con lo que se hace explicable y predecible.

- b. La hermenéutica humanista: Es necesario hacer explícita la justificación de un relato que inicia con una pregunta de investigación; posteriormente, elegir autores para construir una comprensión del objeto que pueda ser comunicable (Lemaitre).
- c. El sentimiento de solidaridad y sororidad: Se trata de un proceso de llegar a concebir a los demás seres humanos como «uno de nosotros» y no «como ellos», se trata de hacer una descripción detallada de cómo son las personas que desconocemos y de una re-descripción de cómo somos nosotros. Esto no es tarea de una teoría abstracta sino de géneros como la etnografía, el informe periodístico, los libros de historietas, el drama documental y especialmente la novela. Es por ello que la novela, el cine y la televisión han ido reemplazando al sermón y al tratado como principales vehículos del cambio y del progreso moral.
- d. La ironía macondiana: Basada en la creencia de que el derecho tiene una gran dosis de sentimientos; por lo tanto, no creo en su generalidad. Creo en su particularidad basada en el drama de justicia sentida por sujetos de carne y hueso que reivindican ser reconocidos cuando lo demandan ante las autoridades del Estado. El Derecho no es impersonal, pues nadie lo

alega sin sentir que ha sido agredido, dañado o desconocido por otro; no creo que su abstracción sea inocente, esta ha solapado desde su vaguedad la imposición de los poderosos y el miedo de quienes lo soportan.

Comprendo y siento al Derecho como una narrativa de emociones que se radica en todos los sujetos que lo viven y se relacionan socialmente con su lenguaje performativo; a lo largo de su existencia como objeto cultural en la modernidad solo ha sido descrito por concepciones formales o materiales que han negado una de sus dimensiones humanas: «la emocional».

El derecho narra relaciones de sujeción, de sumisión, de reconocimiento, de liberación y emancipación, al igual que las narraciones literarias promueven sueños, angustias, miedos, situaciones deseadas o evitadas que logran similar sentido como lenguaje de diálogo: sensibilizan en la realidad del otro. Finalmente, busco en la dimensión narrativa del derecho acercarlo a la emoción como una estrategia de denuncia al ser el derecho explicado y finalmente manipulado por la razón.

- e. Diálogo con otras disciplinas: ejemplo la literatura: Las investigaciones en literatura suelen recurrir a los insumos dados por el estructuralismo y la narratología. Se encargan de realizar una focalización de la narración, un estudio de las temporalidades de distintos discursos usados, un seguimiento a personajes, etcétera. Entre los autores que realizan o proponen un método en este campo se encuentra Gérard Genette (1980).
- f. Incomodarse: La labor del exegeta en su ordenador es necesaria; pero luego de eso, salte del escritorio y abra la ventana: puede pensarse en investigaciones anfibas, (Garavito, 2015), incómodas, en donde el investigador se confronte como ser humano que investiga y es parte de lo investigado, que formula un problema, y la comprensión sobre el mismo podría ser parte de la solución.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

El interés de la reflexión sobre el peso de la cultura en lo que se ha denominado síndromes del investigador (tradicional) no es cooptar para conformar un grupo subversivo de intérpretes alegres y descontextualizados del derecho; el objetivo modesto de este escrito es llamar la atención en entorno a esta realidad cultural que el investigador solo no puede transformar pero que, una vez reconozca los síndromes, puede decidir si la sigue reproduciendo (y su objetivo queda claramente expresado en su proyecto de investigación) o si transforma las prácticas de investigación y enseñanza del derecho y promueve investigaciones que crucen esta frontera.

Si su decisión es la de revisar y denunciar la inadecuación de las formas por el daño que infieren en un contexto específico, aquí tiene una lista preliminar de antidotos que puede usar. Esto le puede posibilitar que encuentre argumentos honestos y claros para iniciar una transformación en el caso de una investigación jurídica en Colombia.

En todo caso, es bueno evitar las poses de héroe o de heroína, solo advierta que el derecho puede ser un instrumento para bien o para mal, para reconocer o para excluir y discriminar: él, como objeto cultural, puede ser instrumento de violencia y agresión; no tome demasiado en serio el rigor, analice el contexto de dolor y ello le posibilitará otros argumentos sin esperar que con lo que usted aporta hará una nueva creencia o una nueva religión.

REFERENCIAS

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Albert Calsamiglia (1986). *Introducción a la ciencia jurídica*. Ariel: Barcelona.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- Descartes, R. (1980). *Obras Escogidas*. Buenos Aires: Editorial Charcas.
- Dussel, E. (2001). *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Dworkin, R. (2013). *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI, Editora Iberoamericana.
- Dworkin, R. (2012). *El Imperio de la Justicia. De la Teoría General del Derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y la práctica*. Barcelona: Gedisa.
- Estupiñán, L. & Cárdenas M. (2004). «La investigación Jurídica en Colombia. Análisis 2002 - 2004». En: *Prolegómenos - Derechos Y Valores*, ed: Universidad Militar Nueva Granada v. VII *fasc.*14 p. 90-105.
- Estupiñán, L. & Vanegas, G. (2005). «Construcción colectiva, fortalecimiento y nuevos retos de la investigación». En: *Colombia Revista Cultural Academia Libre*, ed: Publicaciones Universidad Libre v. 1000 *fasc.* 7 p.13-21, 2005 .
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

- Feyerabend, P. (2015). *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Madrid: editorial Tecnos.
- Fraser, Nancy. (1997). *Iustitia interrupta. Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*. Bogotá: Siglo del Hombre.
- García, M. (1989). «Metodología jurídica e interpretación: el postulado de la racionalidad del legislador». En: *Anuario de filosofía del derecho*, 3, pp. 101-132. Disponible en: dialnet.unirioja.es
- García, M. & Revelo, J. (2009). *Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002-2009*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Garrido, J. (2017). *Ciencia del derecho en la escuela histórica y la jurisprudencia de conceptos*. En: *Derechos y libertades*. Junio. Nro. 37, p. 207-232. DOI: <https://doi.org/10.14679/1053>. Disponible en: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/27156/DyL-2017-37-garrido.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Genette, G. (1980). *Narrative discourse. An essay in method*. Nueva York: Cornell University Press.
- Häberle, P. (2001). *El estado constitucional*. México: UNAM.
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Habermas, J. (2010). *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Trotta.
- Hart, H. (2011). *El concepto del derecho*. Buenos Aires: ABeledo Perrot.
- Irizar, L., Estupiñán, L., Noguera C., González, J. & Barragán, L. (2015). *Lo que el dinero no puede comprar... ni la ciencia métrica medir. Una propuesta humanista del conocimiento frente al mercantilismo científico*. En: *Revista Lasallista de Investigación*, Vol. 12, Nro. 1, pp. 162-176.
- López, D. (2016a). *Cómo se construyen los derechos. Narrativas jurisprudenciales sobre orientación sexual*. Bogotá: Universidad de los Andes-Legis.
- López, D. (2016b). *Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial*. Bogotá: Universidad de los Andes-Legis.
- Mejía, Oscar. (2014). *Elementos para una hermenéutica crítica: una introducción al problema del método en las ciencias sociales y el derecho*. En: *Revista Pensamiento Jurídico*. Enero-junio. Nro. 39, p. 15-53.

- Nieto, N. (2006). Las clínicas jurídicas de interés general como estrategia pedagógica para la formación en investigación. En: Investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: resultados y avances en investigación. Medellín: Universidad de Medellín. P. 51-69.
- Oliveira, L. (2006). «No me venga con el Código de Hammurabi». En: Courtis, Christian. Observar la Ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, p. 277-298.
- Pérez, J. (1996). «Teorías críticas del derecho». En: Garzón y F. Laporta (eds.), El Derecho y la justicia, Madrid: Trotta, pp. 87-102.
- Popper, K. (1973). La lógica de la investigación científica. Madrid: Tecnos.
- Reale, M. (1973). Teoría tridimensional del derecho. Preliminares históricos y sistemáticos. Santiago de Compostela: Imprenta Paredes.
- Reale, M. (1980). Para una hermenéutica jurídica estructural. En: Estudios en honor del Dr. Luis Recasens Siches, tomo I. México: Universidad Autónoma de México. P. 759-768.
- Saavedra, Modesto (2000). «Jurisdicción». En: Garzón, Ernesto y Laporta, Francisco. El derecho y la justicia. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía. Madrid: Trotta, p. 221-230.
- Taleb, N. (2012). El cisne negro. Barcelona: Planeta.
- Zagrebelsky, G. (2008). El derecho dúctil. Madrid: Editorial Trotta.