

Hacia un método propio interdisciplinar e intercultural para la investigación jurídica



Editor en México:
Alejandro Rosillo Martínez, PhD

Editores en Ecuador:
Alex Iván Valle Franco, PhD
Tomás Sánchez Jaime, PhD

Hacia un método propio
interdisciplinar e intercultural
para la investigación jurídica

Quito, Ecuador

Hacia un método propio interdisciplinar e intercultural para la investigación jurídica

Coordinadores IAEN:

Alex Iván Valle Franco, PhD
Antonio Salamanca Serrano, PhD
José Tomás Sánchez Jaime, PhD

Coordinador UASLP:

Alejandro Rosillo Martínez, PhD

Editores en Ecuador:

Alex Iván Valle Franco, PhD
Tomás Sánchez Jaime, PhD

Editor en México:

Alejandro Rosillo Martínez, PhD



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador



Escuela de
Derechos y Justicia



UASLP
Universidad Autónoma
de San Luis Potosí



Editorial El Siglo
San Pedro N33-08 y Rumipamba
Telf.: (593-2) 2238 250

Con el apoyo de:



Alejandro Morocho
PRESIDENTE
Melany Barros - Martín Correa
Dessire Moreno - Saúl Chacón
Massiel Roldán - Gabriel Chamorro

© *Hacia un método propio interdisciplinar e intercultural para la investigación jurídica*

Editores:

Alex Valle Franco PhD
Tomás Sánchez Jaime, PhD

Coordinadores IAEN:

Alex Iván Valle Franco, PhD
Antonio Salamanca Serrano, PhD
José Tomás Sánchez Jaime, PhD

Coordinador UASLP:

Alejandro Rosillo Martínez, PhD

Investigadores participantes:

Mgs. Zaira Novoa Rodríguez - IAEN
Urenda Navarro Sánchez PhD - UASLP
Natalia Mora Navarro PhD - IAEN
Mgs. María de Lourdes Uribe Soto - BCNESLP
Mgs. Paulina Ramón Vargas - IAEN
Viviane Monteiro Santana PhD - IAEN
Guillermo Luévano Bustamante PhD - UASLP
Fernando Casado Gutiérrez PhD - UTM
Laura Edith Saavedra Hernández PhD - UASLP
Mgs. Cinthia Vanesa Pérez Bolaños - IAEN
Lic. Ricardo Alejandro Leal Aradillas - UASLP

Revisión Par

Andreas Gutmann, PhD (Alemania)
Alejandro Nava Tovar, PhD (México)

Primera edición

Mayo 2023
Quito, Ecuador

ISBN: 978-9942-8726-7-8

Diseño de Portada

Jorge Navarrete

Fotografía de portada

"Revolución Líquida" - Lic. Jan Xahuentitla (Tlaxcala, México)

Diseño de páginas interiores

Jorge Navarrete

Impresión

Imprenta V&M Gráficas

Jorge Juan N32-36 y Mariana de Jesús / Telf.: (593-2) 3201 171
Quito - Ecuador

Con el respaldo académico de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, en sistema de evaluación de pares académicos, mediante la modalidad de doble ciego

Tabla de contenido

Prólogo	1
-------------------	---

Primera Parte

Problematizar decolonialmente el método y el ser del Derecho

Capítulo 1

¿Qué es la epistemología?

(Periplos de un concepto)	9
-------------------------------------	---

Tomás S. Jaime

Cinthia V. Pérez Bolaños

1. Introito	9
2. Deconstrucción de la epistemología occidental	10
2.1. Mundo Antiguo: Grecia	10
2.1.1. δόξα (Doxa)	11
2.1.2. Τεχνη (Técnica como habilidad):	12
2.1.3. ἐπιστήμη (Conocimiento)	13
2.1.4. Τεχνη (Técnica como praxis)	14
2.1.5. σοφοί (Sabiduría).	15
2.2. Roma	16
2.3. La Patrística	18
2.4. El Medioevo	22
2.4.1. La primera escolástica o etapa de formación (476–1100)	25
2.4.2. Escolástica carolingia (siglos XI y XII)	27
2.4.3. La Alta Escolástica (1200–1348)	27
2.4.4. La Escolástica tardía (1364–1517)	31
3. Bibliografía	35

Capítulo 2

Reconstrucción de la epistemología occidental	37
---	----

J. Tomás Sánchez Jaime

Cinthia V. Pérez Bolaños

1. La modernidad.	37
1.1. El Renacimiento (med. Siglo XIV a pp. Siglo XVII)	38
1.2. La Modernidad (también conocida como el Barroco) (med. S. XVI– finales S.XVII).	42

1.3	La Ilustración (finales Siglo XVII-1820).	48
1.4	La Modernidad Contemporánea (ff. Siglo XVIII-1989)	58
2.	Acercamiento al pensamiento autóctono de América	79
3.	Bibliografía	87
Capítulo 3		
Epistemología jurídica		
(Un breve acercamiento a su comprensión)		90
J. Tomás Sánchez Jaime		
1.	Primer acercamiento	90
2.	Segundo acercamiento	97
3.	Tercer acercamiento	102
4.	Bibliografía	114
Capítulo 4		
Las concepciones del derecho. Análisis desde el normativismo hasta la praxis normativa		
Parte 1: Derecho e iusnaturalismo		116
Alex Valle Franco		
1.	Introducción	116
2.	Análisis de las distintas concepciones del Derecho	117
2.1.	Principales significados de la palabra “Derecho”	117
2.2.	El Derecho y las normas	121
2.3.	El derecho concebido desde la norma y más allá de la norma	124
2.3.1.	El iusnaturalismo (tal vez alguna alusión a que ha existido un iusnaturalismo no católico incluso anterior al cristianismo).	124
3.	Bibliografía	133
Capítulo 5		
Las concepciones del derecho. Análisis desde el normativismo hasta la praxis normativa		
Parte 2: Derecho y iuspositivismo		134
Alex Valle Franco		
1.	El iuspositivismo	134
1.1.	Realismo jurídico.	138
2.	Bibliografía	147

Capítulo 6**Las concepciones del derecho. Análisis desde el normativismo hasta la praxis normativa**

Parte 3: Derecho e iusmaterialismo	149
--	-----

Alex Valle Franco

Paulina Monserrath Ramón Vargas

1. El pluralismo jurídico.	149
2. Conclusiones generales de los tres acápites de derecho	158
3. Bibliografía	160

Capítulo 7

¿Qué es y para qué investigar sobre el Derecho?.	162
---	-----

Alex Valle Franco

1. Introducción	162
2. Definiciones de investigación, investigación científica e investigación científica jurídica.	163
3. ¿Qué es investigar sobre el Derecho?	165
3.1. Investigar Derecho desde el iusnaturalismo	166
3.2. Investigar Derecho desde el iuspositivismo.	166
3.3. Investigar Derecho desde el realismo jurídico-pragmatismo jurídico.	167
3.4. Investigar Derecho desde el pluralismo jurídico-materialismo.	168
4. ¿Para qué investigar sobre el Derecho?	170
5. ¿Por qué investigar sobre el Derecho desde el pluralismo jurídico emancipador y la interdisciplinariedad?	171
5.1. Investigar desde el proyecto de legalidad alternativa del derecho.	172
5.2. Investigar desde el sistema de necesidades y capacidades.	173
6. Conclusiones.	175
7. Bibliografía	176

Capítulo 8

El problema de identificar el objeto de estudio: el problema jurídico interdisciplinar e intercultural	178
---	-----

Antonio Salamanca Serrano

1. Introducción	178
---------------------------	-----

2. ¿Qué es plantear el problema de investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?	178
3. Criterios para plantear un problema de investigación jurídica interdisciplinar e intercultural	179
4. ¿Qué relación tiene la formulación del problema con el estado del arte o revisión de la literatura?.	180
5. ¿Con qué elementos se articula el planteamiento del problema de investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?	181
6. La(s) Pregunta(s) de investigación jurídica	181
7. Objetivos según el ámbito de la investigación jurídica.	183
8. Justificación de la investigación jurídica	187
9. Factibilidad de la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural	189
10. Ética de la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural	190
11. Conclusión.	190
12. Bibliografía	190

Segunda Parte

La pluralidad de modos interdisciplinares e interculturales en la investigación jurídica

Capítulo 9

Modo históricojurídico 193

Urenda Queletzú Navarro Sánchez

María de Lourdes Uribe Soto

1. Introducción	193
2. Consideraciones previas para el diálogo entre Historia y Derecho	194
2.1. Sobre el objeto de estudio en la Historia del Derecho.	194
2.2. Sobre el tiempo histórico	195
2.3. Acerca de las contribuciones del campo histórico al análisis del fenómeno jurídico.	196
3. La investigación jurídica a través del método histórico	197
3.1. Las fuentes.	197
3.2. La observación en la investigación jurídica desde el método histórico	198

4.	El método histórico	199
4.1.	El método histórico aplicado en diversas investigaciones	201
4.2.	Las historias social, cultural, política y de género y su relación con el estudio del derecho	201
4.3.	Ejemplos de la metodología usada en investigaciones sobre historia social, cultural y política en correlación con las transformaciones jurídicas	203
5.	Historia de Género-Historia del Derecho	211
5.1.	Esquema metodológico de <i>El fracaso del amor</i>	214
6.	Reflexiones finales	220
7.	Bibliografía	220
Capítulo 10		
Modo antropológico-jurídico en la investigación social		223
Guillermo Luévano Bustamante		
1.	Introducción	223
2.	Referentes previos para la investigación antropológica	224
3.	La antropología jurídica como posibilidad investigativa	226
4.	El modo investigativo antropológico en contextos ampliados	230
5.	Socio-Antropología jurídica para la crítica del derecho	232
6.	Socio-Antropología jurídica para la crítica del derecho	234
7.	Conclusiones.	237
8.	Bibliografía	237
Capítulo 11		
Modo sociológico-jurídico en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural		240
Alex Valle Franco		
Alejandro Rosillo		
1.	El modo sociológico-jurídico en la investigación	240
1.1.	Antecedentes y características	240
1.2.	El objeto de estudio desde el modo sociojurídico	243
1.3.	Criterios que se deben tomar en cuenta en las investigaciones desde el modo socio-jurídico	246
2.	Metodología para investigar desde el modo sociológico-jurídico.	247
2.1.	Recopilación de información en el modo sociológico-jurídico y técnicas.	249

2.2. Finalidad y explicación del modo socio-jurídico de los hechos	251
3. Conclusiones	253
4. Bibliografía	254
Capítulo 12	
La importancia de las metodologías feministas en los estudios del derecho	257
Laura Edith Saavedra Hernández	
1. Introducción	257
2. ¿De qué hablamos cuando hablamos de metodologías feministas?	259
3. El derecho construye y reproduce <i>género</i>	264
4. La importancia de la aplicación de las metodologías feministas en el estudio del derecho	267
5. Conclusiones	270
6. Bibliografía	271
Capítulo 13	
Modo de investigación ideológico jurídico	273
Fernando Casado	
1. Introducción	273
2. La omnipresencia de la ideología	275
3. Ideología y decolonialidad en América Latina	276
4. La ideología en el Derecho	278
5. Modo de investigación ideológico jurídico	280
5.1. La ideología y las normas jurídicas	283
5.2. La ideología y la jurisprudencia	285
5.3. La ideología y la dogmática	287
6. Conclusiones	288
7. Bibliografía	289
Capítulo 14	
Modo axiológico-jurídico en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural	292
Antonio Salamanca Serrano	
1. Introducción: problemas de la investigación jurídica en el siglo XXI	292

2.	El modo axiologojurídico en la investigación	295
2.1.	Inicio de la investigación. Los hechos morales caóticos y confusos: identificación y codificación	296
2.2.	Análisis sistémico de los hechos identificados y codificados con carga moral	299
3.	La explicación axiologojurídica de los hechos	303
4.	Conclusión.	311
5.	Bibliografía	312
Capítulo 15		
Modo económico jurídico		314
Ricardo Alejandro Leal Aradillas		
Alejandro Rosillo Martínez		
1.	Introducción	314
2.	La sociedad como problema de coordinación	315
3.	El Estado, el derecho y el punto de vista del bien común	318
4.	Marx, ilustrado consecuente.	320
5.	La autonomía del mercado y sus límites	336
6.	Conclusión.	349
7.	Bibliografía	352
Capítulo 16		
Modo normativo		355
Alejandro Rosillo Martínez		
1.	Introducción	355
2.	La acción de aplicar el Derecho	356
2.1.	La semiótica	357
2.2.	La construcción de la decisión.	360
3.	Problemas y tareas del modo normativo	363
4.	El uso de principios y reglas	367
4.1.	Distinción de normas jurídicas	367
4.2.	Las normas de derechos fundamentales	373
4.3.	El método de ponderación	374
4.4.	La hermenéutica analógica y la aplicación de los derechos fundamentales	381
5.	Conclusión.	391
6.	Bibliografía	391

Capítulo 17
Modo jurisprudencial 393

Zaira Novoa Rodríguez

- 1. Introducción 393
- 2. La Jurisprudencia. 394
- 3. El Modo de Investigación Jurisprudencial 397
 - 3.1. Descripción y Sistematización Jurisprudencial 398
 - 3.2. Sentencia *lata* 401
 - 3.3. Sentencia *ferenda*. 404
 - 3.4. Sentencias de *lege ferenda* 407
- 4. Conclusión. 410
- 5. Bibliografía 410

Tercera Parte
Proceso de investigación ofreciendo algunos recursos iniciales
sobre los que luego puede profundizar

Capítulo 18
Las fuentes de la investigación jurídica 415

Zaira Novoa Rodríguez
 Antonio Salamanca Serrano

- 1. Introducción 415
- 2. Las fuentes en la investigación jurídica interdisciplinar
 e intercultural 415
 - 2.1. Fuentes primarias en la investigación jurídica 417
 - 2.2. Fuentes secundarias y terciarias en la investigación
 jurídica 417
- 3. Fuentes en la investigación antropológica-jurídica. 418
- 4. Fuentes en la investigación axiológico-jurídica 421
- 5. Fuentes en la investigación ideológico-jurídica 423
- 6. Fuentes en la investigación psico-jurídica 426
- 7. Fuentes en la investigación histórica-jurídica 428
- 8. Fuentes en la investigación socio-jurídica 431
- 9. Fuentes en la investigación normativa-jurídica 433
- 10. Fuentes en la investigación jurisprudencial 435
- 11. Conclusión. 437
- 12. Bibliografía 437

Capítulo 19**El estado actual del conocimiento sobre el problema jurídico a investigar**

(Estado del Arte) 439

Natalia Mora Navarro

Antonio Salamanca Serrano

1. Introducción 439
2. ¿Qué es el estado del problema de investigación jurídica (estado del arte)? 440
3. Necesidad de conocer los antecedentes del problema jurídico a investigar 441
4. Tipos de problemas de investigación jurídica según los estados del arte 442
5. Fuentes y fases de la revisión de la literatura en la investigación jurídica 443
 - 5.1. Inicio de la revisión de la literatura 443
 - 5.2. Obtención de la literatura para la investigación jurídica, fuentes primarias, secundarias y terciarias 445
 - 5.3. Consulta de la literatura 449
6. ¿Qué nos puede revelar la revisión de la literatura o estado del arte en el campo jurídico? 451
7. Bibliografía 456

Capítulo 20**La determinación del marco teórico-metodológico propio en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural**

457

Antonio Salamanca

1. Introducción 457
2. La determinación del marco metodológico más apropiado para la investigación jurídica propia 458
 - 2.1 Paradigmas jurídicos en disputa en Ecuador en el siglo XXI 460
 - 2.1.1 Positivismo jurídico “criollo” ecuatoriano 462
 - 2.1.2 Variantes de positivismo jurídico en América Latina (A. E. Pérez Luño) 464
 - 2.1.3 Variantes de positivismo jurídico en América Latina (R. Vázquez) 464
 - 2.1.4. Variantes del positivismo jurídico en América Latina (según el Iusmaterialismo). 466

2.2	El garantismo “criollo” ecuatoriano	468
2.3	Limitaciones del positivismo jurídico y el garantismo	472
3.	El iusmaterialismo: el retorno del derecho de los pueblos	474
3.1	La vida y la reproducción de la vida de los pueblos con la Naturaleza es la última instancia de fundamentación y legitimación jurídica	478
3.2	La praxis (acción) como la mediación última ineludible de toda actividad cognitiva, afectiva y transformadora.	479
3.3	La praxis de vida es el dinamismo histórico material del sistema de necesidades/capacidades de los pueblos y la naturaleza por su producción, reproducción y florecimiento	481
3.4	La dimensión ineludible político-institucional de la praxis.	483
3.5	La expresión histórica de la praxis político moral como praxis jurídica	484
3.6	La existencia histórica del derecho, de los derechos de los pueblos y la naturaleza: el derecho a la revolución	485
4.	Conclusiones.	486
5.	Bibliografía	486

Capítulo 21

El uso de las fuentes, bases de datos, gestores bibliográficos y programas de análisis	489
---	------------

Antonio Salamanca

1.	Introducción	489
2.	El uso de las fuentes primarias en la investigación jurídica.	489
3.	El uso de las fuentes secundarias en la investigación jurídica.	491
4.	El uso de las fuentes terciarias en la investigación jurídica.	493
5.	Las bases de datos en la investigación jurídica	494
6.	Pasos en el uso de las bases de datos en la investigación jurídica.	496
7.	El uso de los gestores bibliográficos	498
8.	El uso de los programas de análisis	499
9.	Conclusión.	501

Capítulo 22
Los enfoques, diseños y técnicas de la investigación jurídica
interdisciplinar e intercultural 503

Antonio Salamanca

1. Introducción 503
2. ¿Cuáles son los enfoques en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural? 503
 - 2.1. ¿Cuáles son las características del enfoque cuantitativo de investigación jurídica? 504
 - 2.2. ¿Cuáles son las características del enfoque cualitativo en la investigación jurídica? 505
 - 2.3. Características del enfoque mixto en la investigación jurídica 508
3. ¿Qué son los diseños de la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural? 508
 - 3.1. ¿Cuáles son los diseños cuantitativos en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural? 510
 - 3.2. ¿Cuáles son los diseños cualitativos en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural? 512
 - 3.3. ¿Cuáles son los diseños mixtos en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural? 516
4. ¿Cuáles son las principales técnicas para la obtención, análisis-sistémico y verificación en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?. 519
5. Conclusión. 522

Capítulo 23
¿Cómo elaborar el proyecto de la investigación intercultural
e interdisciplinaria? 524

Viviane Monteiro

1. Portada o caratula 526
2. Problema de investigación. 527
3. Objetivo general y objetivos específicos 527
4. Justificación 528
5. Estado del arte 529
6. Metodología 530
7. Índice tentativo. 532

8. Cronograma	533
9. Referencias bibliográficas	533
10. Bibliografía	535
Capítulo 24	
El aparato crítico	536
Alejandro Rosillo Martínez	
1. Introducción	536
2. Diferencias básicas entre sistemas	537
3. Cita textual o paráfrasis	540
4. Para identificar los elementos de la fuente	544
4.1. Libro de autoría única	544
4.2. Libro de coautoría	548
4.3. Libro de obras reunidas	549
4.4. Libro colectivo	551
4.5. Artículos	551
4.6. Diccionarios y enciclopedias	556
5. Sistemas a nota a pie de página	556
5.1. El sistema latino	557
5.2. El sistema Chicago	561
6. Sistemas a cuerpo de texto	563
7. La formación de la cita según el tipo de fuente	564
7.1. Sistema latino	565
7.2. Sistema Chicago	575
7.3. Sistema APA	583
7.4. Sistema Harvard	590
Capítulo 25	
El escrito o reporte de investigación	597
Alejandro Rosillo Martínez	
1. Introducción	597
2. Elementos básicos del reporte de investigación	598
3. El artículo	598
3.1. El artículo científico	599
3.2. El artículo de divulgación	606
3.3. El capítulo de libro colectivo	606

4. La tesis de grado	608
4.1. Estructura general de la tesis	609
4.1.1. Portada	609
4.1.2. Documentos de aprobación	611
4.1.3. Dedicatorias y agradecimientos.	611
4.1.4. Lista de abreviaturas más utilizadas	611
4.1.5. Índice general o tabla de contenido	612
4.1.6. Introducción	614
4.1.7. Desarrollo o capitulado	615
4.1.8. Conclusiones	618
4.1.9. Fuentes de investigación	618
4.1.10. Anexos	619
4.1.11. Otros índices	619
5. El libro	621

Lista de figuras

Figura 1.	El proceso de conocimiento en la antigüedad	11
Figura 2.	Los tres elementos del proceso abstractivo del conocimiento	13
Figura 3.	Proceso de conocimiento del método escolástico.	24
Figura 4.	Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1800-1850).	60
Figura 5A.	Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1850-1940).	65
Figura 5B.	Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1850-1940).	66
Figura 6A.	Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1940-1989).	72
Figura 6B.	Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1940-1989).	73
Figura 7.	Problemas del Pensamiento Contemporáneo (1990-2020).	75
Figura 8.	La relacionalidad cósmica andina	86
Figura 9.	El ámbito de la Realidad del Conocimiento Humano	95
Figura 10.	Esquema evolutivo de la formación del Pensamiento Jurídico	99
Figura 11.	Epistemología Jurídica que sustenta al Método Jurídico	105
Figura 12.	Sistemas de Derecho a nivel mundial	120
Figura 13.	Postulados de Santo Tomás de Aquino	129
Figura 14.	Teorías de la Justicia según Santo Tomás	129
Figura 15.	Pensamiento Suareciano	131
Figura 16.	Diferencias con la Doctrina del Derecho Natural Clásica	132
Figura 17.	Características del Positivismo	135
Figura 18.	Características del Realismo Jurídico	139
Figura 19.	Características del Pluralismo Jurídico	150
Figura 20.	Teoría crítica en América Latina	158
Figura 21.	Insurgencia popular contra el Decreto nº 883, 3-13 octubre de 2019	298

Figura 22.	Estructura del sistema de biovalores vs disvalores	309
Figura 23.	Clasificación de las fuentes interdisciplinar e intercultural en el Derecho	416
Figura 24.	Ejecución de un Jefe Indio de la línea de Cuba	420
Figura 25.	K. Marx y F. Engels, Manifiesto del Partido Comunista y la destrucción de las Indias (1848).	425
Figura 26.	Yo, maltratador arrepentido.	428
Figura 27.	Proceso común de la investigación jurídica interdisciplinar (cualitativa, cuantitativa y mixta)	505
Figura 28.	Los tres principales enfoques de la investigación hoy en día, incluyendo subtipos de estudios mixtos.	508
Figura 29.	Tipología de los métodos y diseños de investigación	509
Figura 30.	Diseños en la investigación jurídica cualitativa	516

Lista de tablas

Tabla 1. Epistemología antigua (siglos VII – IV a. e.)	20
Tabla 2. Epistemología antigua (Siglos III a. E. – V d. E.)	21
Tabla 3. Epistemología Medieval (Siglos V – XV).	33
Tabla 4. El problema de la cronología del tiempo (siglo XVII)	44
Tabla 5. Publicaciones en Alemania entre 1625 y 1800.	49
Tabla 6. Epistemología moderna (siglos XIV – XVIII).	55
Tabla 7. Elementos a tener en cuenta cuando la Epistemología Jurídica nace de la Norma	92
Tabla 8. Elementos a tener en cuenta cuando la Epistemología Jurídica nace del Ser.	93
Tabla 9. Elementos a tener en cuenta cuando la Epistemología Jurídica nace del Estar.	94
Tabla 10. Contenidos de las Realidades del Vitruvio	96
Tabla 11. Niveles del Pensamiento Jurídico y su expresión en la realidad .	99
Tabla 12. Resultados de una formación del Derecho encerrada en sí misma	102
Tabla 13. Modos metodológicos del Derecho.	107
Tabla 14. Enfoques de la interpretación de la palabra “Derecho”.	119
Tabla 15. Enfoques de la interpretación de la “norma”.	123
Tabla 16. Filosofía jurídica de la Patrística Pre agustiniana (Padres de la Iglesia).	127
Tabla 17. Postulados de Francisco de Vitoria	130
Tabla 18. Metodología utilizada en algunas de las obras mencionadas . .	204
Tabla 19. Estadios de desarrollo axiológicojurídico inspirados en J. Piaget	305
Tabla 20. Estadios de desarrollo moral/jurídico inspirado en Lawrence Kohlberg.	307
Tabla 21. Estadios de desarrollo moral/jurídico inspirado en la ética del cuidado de C. Gilligan	309
Tabla 22. Principales tipos de artículos que podemos encontrar	449
Tabla 23. Comparación entre enfoques cuantitativos y cualitativos en la investigación jurídica.	509

Prólogo

Hace algún tiempo, un día, a finales de los noventa del siglo pasado, en una pequeña habitación, número 10 de alguna de las calles de Londres, me encontré con la sabiduría de dos maestros. A uno su familia le llamaba El Moro; el otro había nacido en Bombay en 1931. El Moro y Anthony de Mello me contaron un cuento que también les habían transmitido sus abuelos a orillas del Mosela y en la India. Cuando terminaron, estrechando cálidamente nuestras manos y mirándome a los ojos con la profundidad misteriosa de la sabiduría semita y del Indo me dijeron: “Nadie se ha emborrachado nunca leyendo etiquetas de buen vino. Ve, surca y disfruta los caminos de la vida sembrando y cuidando la justicia”.

Pasé la noche meditando aquellas palabras; yo, un joven recién graduado en Derecho, estaba bastante desconcertado. No pude dormir, amanecí mal. Aquel encuentro me había arrojado de pronto a un torbellino de angustiosos sentimientos y preguntas: ¿dónde y qué había estudiado durante cinco años: textos, normas y leyes dentro de las fortalezas universitarias europeas?, ¿qué sabía de la justicia en el mundo de la vida de mi pueblo y otros pueblos?, ¿a qué y a quiénes iba a dedicar mis mejores años: a servir al fetiche de las etiquetas jurídicas de las élites sin beber el vino de la justicia? La tormenta se prolongó en los meses siguientes. Había entrado en crisis existencial e intelectual.

De pronto me aseteaban miles de cuestiones una tras otra y todas a la vez: ¿qué es eso que llamamos Derecho?, ¿es realmente una norma?, y si fuese así ¿qué es una norma?, ¿qué tipo de norma sería?, pero ¿y si

resultara que el Derecho es otra cosa que el fetiche de una norma, que un texto escrito, que una ley?, ¿y si fuese una acción?, ¿qué sería entonces?, ¿cuál sería su contenido?, ¿qué fundamento tendría?, ¿dónde reposaría su legitimidad última; en la voluntad de quien manda, como me habían dicho los glosadores en las capillas de la universidad?

En la noche oscura de ese invierno, por la rendija entreabierta de la puerta un fuerte destello me conmocionó por un tiempo con más interrogantes: ¿cuál es la verdadera historia de eso que me han dicho que es Derecho?, ¿cuál es su origen, dónde, cuándo y en qué pueblos apareció?, ¿han tenido todos los pueblos Derecho, es universal su existencia?, ¿tenían y tienen Derecho los pueblos sin escritura?, ¿para qué sirve el Derecho, qué finalidad tiene?, ¿cómo lo usan unos grupos u otros?, ¿se lo han robado a los pueblos?, si ha sido así, ¿quiénes y cuándo?, ¿qué tiene que ver eso llamado Derecho con la justicia?, ¿cómo se produce?, ¿lo generamos todos o su producción está reservada y es administrada por unas élites?, ¿cómo ha circulado a lo largo de la historia?, ¿cuál ha sido su devenir: pacífico o conflictivo?, ¿tiene relación con otros saberes como el arte, la filosofía, las ciencias, etc.?, ¿si es así, cómo se relaciona?

Confiado en aquella sabiduría oriental, crucé el umbral de la puerta y entré en un mundo desconocido como Alicia en el País de las Maravillas. Atolondrado por el deslumbre fui caminando como pude y regresé a Madrid en 2002. Tres años después, en 2005, otro sabio neurólogo cubano, mi hermano Nicolás Garófalo, frente el número 10 de la calle Desengaño, donde vivió J. Martí cuando estuvo en España, me contagió su pasión revolucionaria por recorrer los caminos de Nuestra América. Apoyado en el pilar de mi compañera nos embarcamos para el Nuevo Mundo. La primera parada fue El Salvador. Al campo martirial de Ellacuría en la Universidad Centroamericana (UCA), de sus compañeros, de M. Romero y todo el pueblo crucificado salvadoreño, había llegado en la misma búsqueda, procedente de San Luis Potosí, el profesor mexicano Alejandro Rosillo. Desde entonces nuestra hermandad quedó sembrada con la sangre de los vivos.

Pasamos diez años surcando, disfrutando y haciendo algo de derecho popular con los pueblos americanos. Entre otros muchos, Alejandro tuvo por maestros la escuela popular del derecho que nace del pueblo en Aguascalientes, San Luis Potosí, Chiapas, el Putumayo colombiano, etc. Por mi parte, también tomé algunas lecciones de derecho vivo con el pueblo

zapatista en Chiapas y con la Otra Campaña de 2006, en las calles de México D. F. Más al sur, aprendería algo del derecho de los pobres con los pueblos Kuna y Emberá, en Panamá; y con los pueblos Otavalo y Karanki, en Ecuador.

En 2015, en los vericuetos de la vida, los Andes ecuatorianos nos regalaron otros lindos hermanos y hermanas en la misma senda. Desde entonces, en el Instituto de Altos Estudios Nacionales, fuimos consolidando un grupo humano con formación interdisciplinar y procedentes de diferentes lugares y culturas: la profesora Viviane Monteiro (Brasil), con formación en Derecho, que investiga en el campo de la criminalidad y el Derecho Penal; la profesora Natalia Mora (Ecuador), con formación también en Derecho, investiga sobre interculturalidad, pueblos originarios y Derecho Penal; la profesora Zaira Novoa (Venezuela), con formación en Derecho, investiga sobre migraciones; el profesor Tomás Sánchez (México), con formación en Filosofía e Historia, investiga sobre Hermenéutica y acción jurídica popular; la abogada Cinthia Pérez Bolaños (Ecuador), que trabaja en el Tribunal de Garantías Penales; la abogada Paulina Ramón Vargas (Ecuador), que investiga en el campo de la Criminología; el profesor Alex Valle (Ecuador), con formación en Derecho, investiga también en migraciones; el profesor Fernando Casado (España), con formación en Derecho y Comunicación, investiga en el campo de los derechos humanos y los medios de comunicación; mi persona (España), con formación en Derecho, que investigo en derechos humanos. Este grupo intercultural e interdisciplinar de los Andes comenzó su andadura colectiva de la mano del grupo de San Luis Potosí.

Allá, el profesor Alejandro Rosillo cobijó a ambas células con el paraguas del Programa de Maestría en Derechos Humanos y en la Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. Alejandro tiene formación en Derecho, e investiga en derechos humanos e historia jurídica latinoamericana. Allá sumó al grupo potosino a la profesora Urenda Navarro (México), con formación en Derecho e Historia, que investiga sobre historia, derechos humanos y feminismo; a la profesora Laura Saavedra (México), con formación en Derecho, que investiga sobre feminismo; a la investigadora María de Lourdes Uribe Soto (México), que indaga sobre Historia y Derecho; al profesor Guillermo Luévano (México), con formación en Derecho y Antropología, que investiga sobre derechos humanos e interculturalidad; y al

profesor Ricardo Leal (México), con formación en economía, que investiga sobre economía crítica.

A lo largo de estos últimos siete años el trabajo de todos ellos se ha desarrollado en las calles de Quito, Otavalo, San Luis, el D.F. y tantos otros lugares; en comunidades rurales e indígenas, en centros de internamiento, en prisiones, en juzgados y tribunales, en los medios de comunicación, etc.; y, también, con los alumnos de grado y posgrado en las aulas de las universidades, así como en la soledad y el silencio de la reflexión y escritura. Fruto de ese esfuerzo colectivo es el regalo que ahora entregamos al lector.

El texto es el testimonio de una búsqueda por lo que sea el Derecho más allá de lo que nos han dicho y cómo investigarlo. Da cuenta de un recorrido intercultural, interdisciplinar e internacional, biocéntrico, decolonial, feminista y liberador. No es la última palabra dogmática en nada, sino siembras, dolores y disfrutes compartidos con la diversidad florecida de la justicia.

El texto consta de 25 capítulos que se estructuran en tres partes. La primera (capítulos 1-8) se ocupa de problematizar decolonialmente el método y el ser del Derecho:

El lugar y el camino desde el que iniciamos la búsqueda del conocimiento en general y el jurídico en particular:

- Cap. 1. ¿Qué es la epistemología? (periplos de un concepto).
Deconstrucción de la epistemología occidental.
- Cap. 2. Reconstrucción de la epistemología occidental
y el conocimiento jurídico en particular.
- Cap. 3. Epistemología jurídica (un breve acercamiento
a su comprensión).

En segundo lugar, lo que se problematiza es la sustantividad de lo que llamamos Derecho

- Cap. 4. Las concepciones del derecho. Análisis desde el
normativismo hasta la praxis normativa.
Parte 1: derecho e iusnaturalismo.
- Cap. 5. Las concepciones del derecho. Análisis desde
el normativismo hasta la praxis normativa.
Parte 2: derecho e iuspositivismo.

- Cap. 6. Las concepciones del derecho. Análisis desde el normativismo hasta la praxis normativa. Parte 3: derecho e iusmaterialismo.
- Cap. 7. ¿Qué es y para qué investigar sobre el derecho?
- Cap. 8. El problema de identificar el objeto de estudio: el problema jurídico interdisciplinar e intercultural.

La segunda parte aborda la riqueza de la pluralidad de modos interdisciplinarios e interculturales en la investigación jurídica. Una vez que se ha problematizado decolonialmente el método de investigación y el objeto de la investigación de lo que sea el derecho, se ofrece perspectivas para acercarse a la diversidad del mundo jurídico con identidad propia en el método y sin deslizarse en el eclecticismo metodológico. Los modos más comunes en el paradigma normativista dominante, el normativo y el jurisprudencial se enriquecen con otros más, que a título ilustrativo se presentan, sin agotar otros muchos más posibles.

- Cap. 9. Modo historicojurídico.
- Cap.10. Modo antropológico en la investigación social.
- Cap.11. Modo sociológicojurídico en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural.
- Cap. 12. La importancia de las metodologías feministas en los estudios del derecho.
- Cap. 13. Modo de investigación ideológico jurídico.
- Cap. 14. Modo axiológicojurídico en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural.
- Cap. 15. Modo económico jurídico.
- Cap. 16. Modo normativo.
- Cap. 17. Modo jurisprudencial.

La tercera parte es más instrumental, tiene por objeto acompañar a los investigadores paso a paso en el proceso de investigación ofreciendo algunos recursos iniciales sobre los que luego puede profundizar. A ello se dedican los últimos ocho capítulos.

- Cap. 18: Las fuentes de la investigación jurídica.

- Cap. 19: El estado actual del conocimiento sobre el problema jurídico a investigar (estado del arte).
- Cap. 20: La determinación del marco teórico-metodológico propio en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural.
- Cap. 21: El uso de las fuentes, bases de datos, gestores bibliográficos y programas de análisis.
- Cap. 22: Los enfoques, diseños y técnicas de la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural.
- Cap. 23: ¿Cómo elaborar el proyecto de la investigación intercultural e interdisciplinaria?
- Cap. 24: El aparato crítico
- Cap. 25: El escrito o reporte de investigación

Aquí queda la invitación colectiva a todas aquellas personas que deseen indagar y empoderarse con la fuerza del derecho y la justicia, para que continúen esta tarea. Mi gratitud eterna a cada uno de los autores del texto por haber hecho realidad esta humilde brújula con el regalo de sus vidas. En 2020, las élites del capital, según algunos, han dado la orden de acelerar la agenda transhumanista genocida de extinción de nuestra especie a manos de los posbiológicos. Hoy más que nunca necesitamos unirnos y fortalecernos en defensa de la vida de los pueblos y nuestra Madre Tierra: para hacer florecer la Humanidad.

Antonio Salamanca Serrano,
Día de Santos Difuntos, 2022

PRIMERA PARTE

Problematizar decolonialmente el método y el ser del Derecho

Capítulo 1

¿Qué es la epistemología? (Periplos de un concepto)

Tomás S. Jaime
Cinthia V. Pérez Bolaños

Εν αρχη ην ο λογος
(En el Principio era la palabra)
Jn.1,1

1 Introito

A lo largo de nuestra formación (o deformación) –como lo queramos apreciar– hemos escuchado y/o leído la palabra *epistemología*. ¿Sabemos realmente el continente de este concepto? O sólo tenemos una vaga idea del mismo. De la respuesta consciente a la aseveración anterior, se derivan muchas de nuestras distorsiones cognitivas, máxime cuando el concepto *epistemología* lo unimos a alguna disciplina del conocimiento, en nuestro caso *jurídica*.

Hemos querido utilizar el título de una pregunta, para intentar responderla a lo largo de estas páginas y, en caso de no lograrlo, por lo menos despertar el espíritu humano de quien las lea, respecto a cuestionarse y encontrar las respuestas adecuadas. Como señala la frase liminar del evangelio de Juan 1,1: “en el principio era la palabra...”, de igual manera queremos reducir nuestro bagaje de conocimientos actual a lo que ha dado inicio a todo el conocimiento humano: *La palabra*.

Esta Palabra dentro del proceso de hominización a lo largo de la evolución se ha convertido en el punto nodal del conocimiento humano. Cuando guturalmente se pudo expresar el ser, hasta que debido a innumerables circunstancias debió convertirla en grafía, es decir, escritura. Es por eso que, la

disciplina de la lingüística (la que estudia el lenguaje o los lenguajes), cuando intenta descubrir el cómo se ha formado un lenguaje, siempre recurre a las unidades del mismo: lexemas, gramemas y fonemas. Y decimos que es el punto nodal del conocimiento, porque desde que la *palabra* se convirtió en lenguaje –con su debida abstracción y conceptualización–, ésta se volvió en algún tipo de conocimiento, *επιστημη* en su lengua original, de dónde se deriva el concepto actual de *epistemología*.

Es necesario hacer hincapié en que tanto el continente como el contenido del concepto *epistemología* han sufrido grandes transformaciones con el paso de los siglos. Siendo por ello necesario hacer un recorrido puntual al respecto. Esto es lo que intentaremos en todo este trabajo, el cual hemos dividido en dos grandes apartados: Deconstrucción (primeras 17 páginas) y, Reconstrucción como capítulo II.

2. Deconstrucción de la epistemología occidental

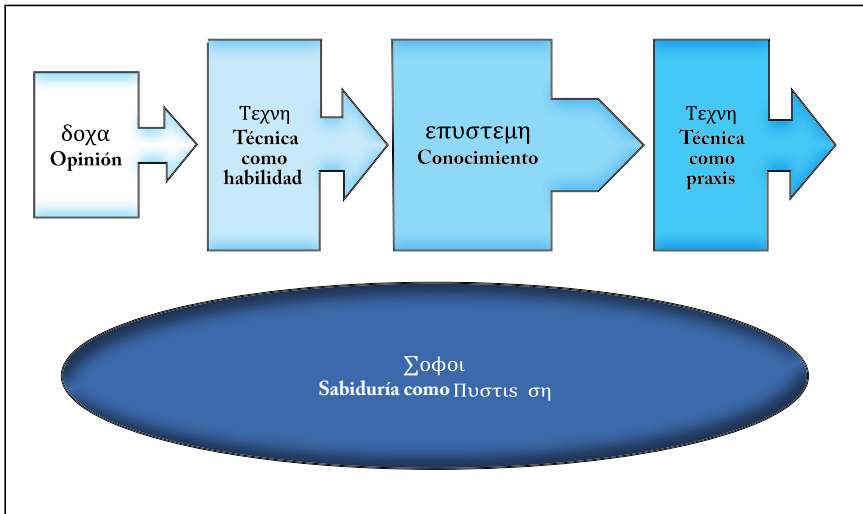
2.1. Mundo Antiguo: Grecia

Todo conocimiento es un proceso humano que transcurre y discurre desde los entornos que lo constriñen. Este proceso se desarrolla en el tiempo, tiempo eminentemente humano. Para comprenderlo podemos seguir aquellas líneas cartesianas del *Discurso del Método* en las que se sugiere dividir en cuantas partes sea posible (para encontrar algo “claro y distinto”); o como lo propuso Husserl en sus *Reflexiones filosóficas*, “hacer una reducción fenomenológica”. Pero, por mor a ser un poco didácticos y en un afán de pedagogía procedimental consideramos pertinente dar inicio desde dónde surgen los conceptos o abstracciones que la humanidad ha realizado a lo largo de su existencia en el planeta, para ir rearmando el proceso que actualmente denominamos conocimiento.

Debemos aclarar que este ejercicio no es algo vano, sino que es un intento por comprender a ese proceso que requiere el conocimiento, en un afán por clarificar algo que muchas veces damos por comprendido al utilizar la palabra *epistemología*. Este concepto actualmente vinculado a un sinfín de otros conceptos, se oscurece con diversas interpretaciones y, por desgracia, es utilizado indiscriminadamente dentro de todas las disciplinas o ramas del saber humano.

Ya desde los orígenes de la civilización Occidental (el mundo griego) se habla de una clara diferencia de las etapas del conocimiento para alcanzar el rigor de *verdad*, con todas las complicaciones que esto implica: Objetividad; Subjetividad; Realidad; Ontología y demás. Quizás por ello sea necesario arrancar desde *Parménides* con la distinción que hace de la génesis de lo que podemos denominar como conocimiento.

Figura 1. El proceso de conocimiento en la antigüedad



Elaboraci6n propia 2020

2.1.1. δοξα (Doxa)

Originalmente se puede traducir como fama, gloria u opini6n, dependiendo del contexto en que el concepto se utilice. Para nuestro caso –el proceso del conocimiento– lo tomaremos como *opini6n*. En este sentido es como lo utiliza Plat6n en su *Parménides* (1988) donde declara a la *doxa* como una simple opini6n. “Si lo uno es o bien si lo uno no es, 6l y las otras cosas son absolutamente todo y no lo son, aparecen como absolutamente todo y no lo aparecen, tanto respecto de sί mismas como entre sί” (136).

Se hace indispensable clarificar lo expresado por Plat6n. Cuando cualquiera se hace una opini6n de algo y la externa, esta es verdad, pero –por

decirlo de alguna manera— una verdad que es y no es. Es decir, es nuestra verdad y no lo es para quienes nos escuchan o tal vez, sólo sea parte de la verdad, pero no es conocimiento propiamente dicho, sino simple y llanamente es eso: *una opinión*. Válida sí, pero no encierra una verdad emergida de un trabajo intelectual, es una simple experiencia. Esta experiencia que puede ser sensitiva, apreciativa o de cualquier otra índole, es solamente de carácter individual.

Ahora bien, la enorme debilidad de toda doxa es que siempre alcanza la mutabilidad, es decir, puede cambiar sin demérito de quien la compartió. Ese principio de mutabilidad es fundamental para lograr la cimentación del proceso cognitivo, pues si se convierte en inmutable, se detiene todo proceso para llegar al objetivo del conocimiento: *la verdad*.

Por otra parte, Pierre Bourdieu en un afán de explicar la red de relaciones sociales, vincula el concepto de *doxa* al de costumbre ($\epsilon\theta\omega\varsigma$), propio de lo que no se cuestiona, sino que se percibe como algo natural e inherente a la sociedad en que nos encontramos. Y, aunque tampoco es conocimiento, sí manifiesta el carácter de quien externa sus doxas. Decimos esto, porque más adelante es necesario vincular la individualidad de la doxa con los tiempos actuales.

2.1.2. Τεχνη (Técnica como habilidad):

Este segundo elemento del proceso cognitivo parte de la experiencia o *empiria*. Consta de dos momentos: como habilidad y como praxis. En este primer momento se entiende como habilidad alcanzada a través del trato con las cosas, muy semejante a esas destrezas que se alcanzan con la repetición constante de algo. Pericias le llaman algunos, pues son incorporadas a nosotros por el continuo contacto con los seres u objetos que lo requieren. Por ello no necesita de ninguna tarea intelectual, sino simple y llanamente de la observación, imitación y constante repetición.

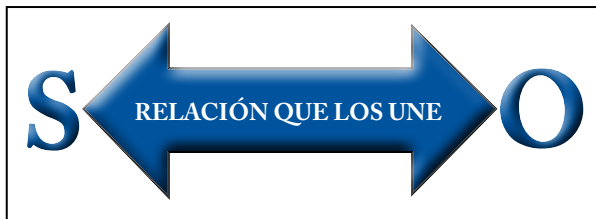
En algunas ocasiones podríamos verlo como algo reflejo, muy propio de esa condición primordial de cualquier aprendizaje: *la atención* o “estar alerta”. Pues de alguna manera, se ha desarrollado a través de los procesos evolutivos de todos los seres, lo podemos apreciar muy claramente en los animales y sus habilidades de caza y defensa. Y si lo buscamos en la microbiología o a nivel celular, también lo podemos encontrar.

2.1.3. **επιστημη** (Conocimiento)

Con este tercer elemento recién se aterriza en lo que la inmensa mayoría entiende no solo como conocimiento, sino que se atreve a denominar *conocimiento científico*. ¿Cómo se definiría este tercer momento del proceso cognitivo?: como un acto por medio del cual nos representamos los seres externos e internos de nuestra propia realidad. Ha sido denominado “conocimiento intelectual”, el cual se caracteriza por ser abstractivo y unitivo, apoyado en los sentidos, la reflexión y la comunicación (lenguaje).

Desde la antigüedad, hablar de conocimiento ha implicado la distinción de tres elementos (sujeto cognoscente, objeto conocido y, la relación que se da entre el sujeto y el objeto), debemos aumentar una muy actual, la relación que se da entre sujeto y sujeto, ambos cognoscentes. Por ello mismo, se denomina *abstraer* al acto de considerar aisladamente uno de los varios que presenta el objeto o ser, mientras que se llama *abstracción* a la función distintiva de la inteligencia por la cual ésta está considerada separadamente de las propiedades de un objeto o ser. Todo esto podemos graficarlo así:

Figura 2. Los tres elementos del proceso abstractivo del conocimiento



Elaboración propia 2020

Estos tres elementos han dado como resultado una diversidad enorme de interpretaciones y de métodos, mismas que en su conjunto constituyen los fundamentos de cualquier teoría, revisión o demostración que a lo largo de la historia de la humanidad (occidentalizada), conforman lo que ahora se denomina como *conocimiento científico* o *proceso evolutivo del pensamiento de la humanidad*.

Cabe aclarar que se distinguen varias especies de conocimiento, en función de las facultades que intervienen en su producción y modo de

producirse (sensitivo; intelectual; mixto). Es decir, la especie o tipo de conocimiento está vinculada a las herramientas que los seres utilizan para lograrlo: cualquiera de los sentidos, el razonamiento; la conjugación de los dos; la vinculación de ambos con las tradiciones culturales. Para lo cual, a la vez, han ido perfeccionando un método.

2.1.4. Τεχνη (Técnica como praxis)

Este cuarto elemento es el más desarrollado en el mundo contemporáneo y corresponde a la conjugación del conocimiento intelectual con el sensitivo. Aquí adquiere mucha importancia el método que se utilice para ambos modos de conocimiento y, a la vez, entran en juego cuatro cuestiones primordiales: la verdad; la realidad; el tiempo; y, la libertad. Quizás nos preguntemos la relación que tienen estas cuestiones primordiales con la epistemología. De manera simple podemos responder que todas y cada una de las cuatro auspician la catalogación de una teoría como fuerte o débil. Es decir, la encaminan hacia lo que en el mundo occidental y occidentalizado es denominado como ciencia. Más adelante hablaremos de ellas.

Como anteriormente mencionamos, la *técnica como praxis* es la conjunción del conocimiento intelectual con las experiencias que a lo largo de la existencia –si hablamos de manera individual- cada ser humano ha tenido y, si nos referimos a la existencia de la humanidad, esta técnica correspondería a lo que denominamos tecnología, la cual a través de los siglos ha sufrido avances y retrocesos, pero al final, se ha constituido (en muchos de los casos) en herramientas sofisticadas que nos permiten acercarnos cada vez más a la verdad de la realidad que nos contiene. Por decirlo de alguna manera, nos han permitido acercarnos a descubrir que somos como los peces en el agua, pero conscientes de que estamos en el agua.

Aunque, por otro lado, ya desde el siglo XIX y en la segunda mitad del siglo XX, varios pensadores nos advirtieron que, si bien la tecnología nos apoyaba y facilitaba la existencia, había un enorme riesgo de perdernos en ella o que de alguna manera nos distorsionaría la realidad. Algo que parece estar ocurriendo en este siglo XXI. No solamente nos referimos a la realidad virtual, tan común en nuestras sociedades; sino al hecho de la inconciencia ante los cúmulos de información que cotidianamente nos llegan, a tal grado

que somos incapaces de procesar y, por ende, recurrimos a más tecnología para lograrlo.

Por lo anterior, nos surge la pregunta: ¿cómo ha afectado la tecnología a la epistemología? ¿Es posible deslindarse de ella –la tecnología–, sin convertirlo en un retroceso? ¿Podemos hacer epistemología de la tecnología? Ya desde la sexta década del siglo XX se ha desarrollado una línea de la epistemología denominada pensamiento técnico. Por desgracia, deja fuera de sus consideraciones varios elementos fundamentales de la realidad humana, tanto personal, como social. Ahora bien, regresando a la construcción del conocimiento por el mundo griego, podemos afirmar que los cuatro elementos anteriormente presentados, adquieren verdadero significado si los vinculamos a la realidad del ser humano que los vive y realiza. Es decir, lo que ellos denominaban conocimiento, sólo se da en el conjunto de los cuatro elementos dentro del tiempo de existencia de un ser humano, integrado en su *εθως* (costumbre) y, por ende, influenciado por esa costumbre. Esto es lo que nos lleva al culmen del ser en el mundo griego.

2.1.5. σοφοί (Sabiduría)

En muchas ocasiones confundimos erudición con sabiduría o lo que es más grave habilidad con sabiduría. Esas confusiones nos llegan desde la antigüedad, basta leer el *Diálogo Alcibíades I* de Platón (1992:17–86), donde Alcibíades confunde la habilidad, la estirpe y la formación con la sabiduría. Y a finales del siglo XVII y a lo largo del XVIII, el movimiento cultural de los enciclopedistas o ilustrados, llevaron a su máxima expresión esta idea, con las catastróficas consecuencias para todo el mundo Occidental.

Dentro del pensamiento griego la σοφοί (sabiduría) está cargada no sólo de conocimientos, actitudes (producto de la virtud), sino también de lo que se denomina el *ονς*, palabra que proviene de ονθος (Todo). Lo cual implica la totalidad de lo que es el ser humano, es decir: sus doxas, sus empíreas, sus reflexiones, sus tradiciones, sus costumbres, sus sueños, sus fantasías, sus temores y sus incertidumbres, ante la realidad que lo aprisiona y lo constriñe en –por decirlo con palabras de Bauman– “un mundo sólido licua fusionado en la actualidad”.

Por todo lo anterior, la sabiduría se convierte en el cúmulo de vivencias a lo largo de la existencia y es objeto de veneración en la ancianidad, dentro

de cualquier cultura y sociedad humanas. Desde la antigüedad a la sabiduría se le consideró como una virtud y, en el mundo griego, esta virtud se logra solamente con el “conocimiento de uno mismo”. Pues, “yo no puedo hablar conmigo mismo del mismo modo como lo hago con los demás” (Gómez, 2006:74).

Este hablar *conmigo mismo* atrae necesariamente a varias virtudes ya enunciadas por Aristóteles en su *Εθικα Νικομαχειακ* (siglo IV), *Ética a Nicómaco*, dentro de las que se destaca la *Prudencia* y el fin de la sabiduría: *La justicia*. Tradición que sigue el mundo Occidental a lo largo de los siglos, hasta nuestros días, con innumerables avances y retrocesos, propios del andar errante del conocimiento humano¹. Actualmente enriquecido con lo que Boaventura de Sousa denomina “epistemologías del Sur” (Sousa, 2019).

2.2. Roma

La aplicación de estos cuatro elementos del proceso del conocimiento por el mundo helénico, fueron comprendidos por Roma y se expandió por todo el mundo conocido. Por desgracia, debido a que las preocupaciones y problemas del mundo romano, respecto al conocimiento, principalmente se avocaron a la *Τεχνη* (técnica) y sus aplicaciones, desviaron y obscurecieron el concepto de epistemología, vinculándolo a dos de sus grandes preocupaciones: el tiempo y la Ley. Es por ello quizás lo más pertinente anclar la génesis de la epistemología jurídica en el imperio romano siglos III a. e. al V d. e. Pues con pensadores como Tácito, Marco Aurelio, Séneca, Tito Livio, Cicerón, Virgilio, Porfirio, Plotino y, con un pie en el período denominado Edad Media y otro en el Mundo Antiguo Agustín de Hipona. Aunque estos tres últimos son catalogados como neoplatonistas y nearistotelistas, hicieron posible la transición de la epistemología antigua a la nueva época².

Como Syme ha indicado, “la peculiar grandeza de Roma no se debía al genio de un hombre o de una época, sino a varios hombres y al largo proceso del tiempo” (Syme, 1960:315-316). Semioculta por la leyenda y develada en gran parte por Tito Livio, Roma alumbra con luz viva doce siglos de

1. Véase: Aristóteles: *Ética a Nicómaco*, Mestas ediciones, España, 2001

2. Véase: las *Enéadas* de Plotino (262 d. e.); la *Isagoge* de Porfirio (300 d. e.); y *De Civitate Dei* de Agustín (419 d. e.).

historia Occidental humana, que a través de la denominada *Pax Romana*, impuesta a quienes formaban el imperio, cimentaron la cultura Occidental. Este imperio exige la *devotio* como la base de la constitución de la *gens* y del *pater familia*, que se encuentran orientadas a la subordinación de la persona a la *ciudadanía*. Lo cual nos llevará a la gran virtud: <<la permanencia>>.

Se mirará como conforme al bien todo lo que tendrá por efecto mantener el orden existente, la fecundidad de la tierra, la esperanza de la cosecha, el retorno repetido de los años, la renovación regular de la raza, la estabilidad de la propiedad. Se condenará, por el contrario, todo lo que es anárquico, innovador, todo lo que amenaza la regularidad de los ritmos, todo lo que desorienta (Grimal, 1965:85)

Todo lo anterior no tiene nada que ver con algún sentido religioso, pues la cultura romana no ha debido dar este giro a su construcción del Derecho. Sus grandes preocupaciones cognitivas están enfocadas a: La necesidad y urgencia de la Ley, su estricto cumplimiento. El problema de la ciudadanía. El libre albedrío y el destino. La eternidad y el tiempo. Lo bello. Los universales de los conceptos. Como más destacados. Ya para el 30 a. e. la cultura romana se ve avasallada por el estoicismo a través de Cicerón, quien busca humanizar el concepto de la ciudadanía romana, pues desde finales de la segunda guerra púnica se empezaron a relajar gradualmente las obligaciones colectivas. Este “humanizar” lo identificamos con la aceptación de las creencias del otro, para lograr la convivencia. Y, para el siglo III d. e., se latinizan varios de los libros griegos, es decir, son traducidos al lenguaje propio de los romanos, de lo cual se nutre el pensamiento de Plotino y de Porfirio.

Paralelamente a estos pensadores romanos –que denominaremos: civiles– en la segunda mitad del siglo I d. e. surgen dentro del imperio las escuelas *gnósticas*, que se derivan del latín *Gnosis* (conocimiento, pero bajo el punto de vista religioso). Su objetivo es traducir todo el dogma general a términos conceptuales, o sea, una reducción total de la *πιστις* a la *gnosis*. Lo que formará esa corriente conocida como *Patrística* y, a la vez, sentará las líneas del pensamiento medieval.

Respecto a la epistemología durante este largo período del mundo Occidental, ésta se inclinará más hacia el perfeccionamiento y formalidad del método –que ya madurado– se convertirá en la escolástica (la cual

trataremos más adelante). Reforzado por los lineamientos de la educación romana y sus grandes componentes: El *Trivium* (gramática, dialéctica y retórica) y el *Quadrivium* (aritmética, geometría, astronomía y música). Tanto el uno como el otro, continuaron en las escuelas catedralicias y monacales de la Edad Media y, para el 1088 d. e. (año de la fundación de la primera universidad), inicialmente conforman el pensum para obtener el grado de bachiller y, medio siglo después, ya forman una facultad de todas las universidades: la de Artes Liberales.

2.3. La Patrística

Se denomina con este nombre a los cuatro primeros siglos de la irrupción del cristianismo en el mundo Occidental. Es la primera gran distorsión de la epistemología, pues intenta dar respuestas –con el uso de la lógica racional– a las escuelas gnósticas que aparecieron a lo largo del Medio Oriente del imperio. Sus principales representantes son conocidos como Apostólicos (los sucesores de los apóstoles) y Apologistas. Aquí podemos mencionar a Justino, Epifanio, Irineo, Tertuliano, Hipólito Romano, Atanasio.

Por su parte, las denominadas escuelas gnósticas las podemos agrupar en cinco: 1. *La Palestina*, con Simón Mago, Menandro y Dositeo. 2. *La Siria*, con Saturnilo y Bordesanes (tiene mucha influencia del Zend-Avesta de la India). 3. *La Alejandrína* en Egipto, con Basílides, Valentín y Ofitas (con gran influencia de los estoicos y los epicúreos). 4. *La Asiática*, compuesta por los grupos denominados cerdonitas, discípulos de Cerdonio. 5. *La Esporádica*, en ella se agrupan varios grupos de creyentes que el poder dominante designará a lo largo de la Edad Media como “herejes” y se le denomina esporádica, porque surgen en determinados momentos de la historia del mundo Occidental.

Los problemas que intentan resolver son: el origen de los seres; el principio del mal en el mundo y la redención; el fin de los tiempos; los atributos de Dios; el dualismo de la lucha entre el reino de la luz y el reino de las tinieblas; el destino del ser humano y su libre albedrío, la divinidad de Jesucristo. Todo esto hace que el conocimiento se desvíe para intentar resolver de manera convincente, cuatro grandes problemas: Nueva religión y antiguo pensamiento; cristianismo y paganismo; naturaleza y sobrenaturaleza; razón y revelación.

Como mencionamos anteriormente, con Agustín de Hipona se cierra la Patrística y se encuentra con el nexo a la Edad Media. “[D]ebido a la influencia de algunos textos neoplatónicos –Plotino (...) y Porfirio (...), probablemente- que le permiten conocer conceptos fundamentales, (...) [Así como] la continua oscilación entre los instrumentos de la Razón y los de la Fe (...) [son] un indicio metodológico a propósito del recorrido constante de la reflexión agustiniana.” (Parodi, 2018:350).

Epistemológicamente hablando, el principal problema que trató de resolver Agustín fue el de la verdad. Apoyado en el “conócete a ti mismo” del pensamiento griego, su respuesta se torna completamente subjetiva y –de alguna manera- abre la puerta a lo que se denominará como *iluminismo*. Pues afirma que la verdad viene de Dios y con ello concibe una metafísica de la luz: “en términos de iluminación interior parece desarrollar un discurso sobre las categorías del conocimiento (...) aparece aquí, con todo su dramatismo, el tema de la gracia y la predestinación” (Parodi, 2018:358). Otro de los aportes agustinianos al conocimiento es su teoría del tiempo:

Si es recta la distinción entre eternidad y tiempo, basada en que el tiempo no existe sin alguna modalidad móvil y el que en la eternidad no hay mutación alguna, ¿quién no ve que no existirían los tiempos si no existiera la criatura, susceptible de cambio y de noción? (...) [Pues] el [universo] no fue hecho en el tiempo. Lo que se hace en el tiempo, se hace después de algún tiempo y antes que alguno, después del pasado y antes del porvenir. (Agustín, 1964:518)

Como vemos, para Agustín el tiempo es un enigma. Lo que fue ya no es; lo que será; no es aún; el momento presente no es tiempo. Sólo nos acercamos a la solución por la dilatación del alma. El alma, por medio de la memoria, mantiene aun lo que ya ha pasado, por la expectación introduce en el presente lo que será, ve los tres tiempos en la unidad y así forma el tiempo. Con esto, “Agustín representa la conclusión de la época de la patrística, pero serán los siglos venideros, (...) los que se verán inspirados por el patrimonio de su pensamiento”. (Eco, 2018:345)

Tabla 1
Epistemología antigua (siglos VII – IV a. e.)

Nombres	Conocimientos	Preguntas o problemas	Respuestas
Milesios S. VII – VI Tales de Mileto Anaximandro Anaximenes Pitágoras de Samos	Matemáticos Físicos Astronómicos Meteorológicos Geográficos	¿Qué es el mundo? ¿De qué está hecho? ¿De dónde proviene? ¿Qué fuerza lo impulsa? ¿A dónde camina?	Agua Apeiron (lo indeterminado) Aire Número
Eleatas S. VI – V Parménides Heráclito de Efeso Empédocles de Agrigento Leucipo Demócrito de Abdera Anaxágoras	Metafísicos (El ser; la unidad y multiplicidad; el espíritu) Intelectivos y Reflexivos Observación y Empíria	¿Cuál es el principio de los seres? ¿Existe unidad e inmutabilidad del ser? ¿Por qué hay una multiplicidad de los seres? ¿Cómo se efectúan los cambios en los seres?	Ser = Unidad Hacerse = Multiplicidad Fuego, Aire, Agua y Tierra La Materia Los átomos El Nous con finalismo
Áticos 470–322 a. e. Sofistas Sócrates Platón Aristóteles	Experiencia y Realidad Sensible Intelectivos abstractos Los valores (objetivos y eternos) Los universales (el concepto) La analítica La Libertad y la Democracia	¿Existe un mundo superior al sensible? ¿Cuál y cómo es? ¿Qué y cómo conocemos? ¿Qué tiene más valor? ¿Qué es lo útil? ¿Qué es el poder? ¿Qué es el éxito? ¿Qué es el Estado? ¿Cómo se organiza?	Las ideas y la Técnica Los valores son subjetivos El bien En las cosas mismas está la idea, la inteligencia mediante la abstracción la arranca y la universaliza Acto y Potencia; Materia y Forma; Substancia y Accidente; las causas del Ser, la estructura del alma y el primer motor Gobierno de sabios

Elaboración propia 2020

Tabla 2
*Epistemología antigua (Siglos III a. E. – V d. E.)**

Nombres	Conocimientos	Preguntas o problemas	Respuestas
Civiles 300 a. e. – 476 d. e. Tácito Séneca Marco Aurelio Cicerón Tito Livio Plinio el Grande Virgilio Plotino Porfirio	Matemáticos Físicos Geográficos Estéticos Mayeuticos, Lógicos y conceptuales Jurídicos civiles Históricos Astronómicos y Meteorológicos	<i>¿Qué es el tiempo y la eternidad?</i> <i>La necesidad y urgencia de la Ley</i> <i>¿Los conceptos son universales?</i> <i>La ciudadanía</i> <i>¿Qué es lo bello?</i> <i>El libre albedrío</i> <i>¿Para qué estamos en el mundo?</i> <i>El destino</i>	Lo que conforma el destino La aceptación del otro El contenido y el continente La gens y el Pater familia: la permanencia Todos los seres Fundamento de la convivencia Para cumplir con nuestro destino que forjamos con el libre albedrío
Patrística 70 a. e. – 430 d. e. Los gnósticos Esc. Palestina Esc. Siria Esc. Alejandrina Esc. Asiática Esc. Esporádica Apostólicos Apologetas Isidoro de Sevilla Agustín de Hipona	Históricos Lógicos y conceptuales Religiosos (cristianos) Retóricos Cosmogónicos Dialécticos Morales	<i>El principio del mal en el mundo</i> <i>La redención</i> <i>El dualismo de la luz y las tinieblas</i> <i>El origen de los seres</i> <i>Paganismo y cristianismo</i> <i>Revelación y Razón</i> <i>Naturaleza y sobrenaturaleza</i> <i>La verdad</i> <i>El tiempo</i> <i>La Eternidad</i> <i>El origen del Mundo</i>	El opuesto al Bien y radica en el Ser Liberarnos del Mal La existencia del hombre en el mundo La inmanencia y la creación de Dios Eliminar la herejía Luz que libera las ideas del alma Cuerpo–Espíritu–Alma Luz que proviene de Dios Requiere de alguna movilidad El fin de la existencia Creación del amor de Dios

Elaboración propia 2020

* Hemos dividido en dos esta tabla, pues a través de las tradiciones orientales y medio orientales en el imperio, desde mediados del siglo I a. e. surgen algunas líneas epistemológicas que a la larga se convertirán en dominantes durante la Edad Media –incorporando todo el sesgo del cristianismo–, y a las cuales se les conoce como Patrística, misma que culmina con Agustín de Hipona. Conviviendo con las que denominaremos civiles.

2.4. El Medioevo

Con la cristianización de la cultura eurocéntrica Occidental y su concepción lineal del tiempo, la comprensión del conocimiento humano, su evolución, sus avances y retrocesos, han obligado a los historiadores a crear –con sustentos lógicos por los hechos acaecidos– las diversas etapas o periodos del desarrollo de la humanidad. En el siglo XIX, al surgir el concepto de la $\epsilon\nu\theta\rho\omicron\pi\alpha$ (entropía), evolución, implementado por Clasius en 1862 a la segunda Ley de la Termodinámica, complementado por Boltzman en 1896 a través del uso de la estadística, con la utilización del concepto de *Probabilidad*, se hizo posible lo que Peter Coveney y Roger Higfield con su obra *La flecha del Tiempo*, intentan demostrar la concepción lineal del tiempo físico³.

Por esa concepción lineal del tiempo, se ha elaborado toda esa gama de subdivisiones con las que conocemos las épocas de la historia de la humanidad en la cultura Occidental: Antigua; Media Alta y Baja; Modernidad (Renacimiento; Las Luces; Transición; Romanticismo); Contemporánea; Post Moderna. Cada una de ellas abarca uno o varios siglos, lo que hace que se puedan subdividir en lapsos más pequeños. Esto ocurre en lo que se ha denominado Medioevo o Edad Media, que va del 476 a 1492. Pero cuando hablamos del pensamiento –al ser más lento su proceso de transformación– todas las particiones se vuelven jabonosas para datarlas al inicio y al término.

La Edad Media no es un siglo. No es un siglo como el XVI o el XVII y tampoco es un periodo con características fácilmente reconocibles como el Renacimiento o el Romanticismo; es, más bien una secuencia de siglos que recibió su nombre de un humanista, Flavio Biondo, que vivió en el siglo XV. Biondo, como todos los humanistas, esperaba y vaticinaba el retorno de la cultura de la Antigüedad clásica y consideraba que todos los siglos (que él veía como un largo periodo de decadencia) que mediaban entre la caída del Imperio romano (476) y su propia época eran algo así como un mero paréntesis. Irónicamente, la

3. La flecha del Tiempo es la base de Stephen Hawkins, para señalar que la entropía del universo ayuda a la expansión del mismo, por lo que, para entender el universo hay que buscar en sus orígenes, es decir, hacia el pasado. Coveney, P. y Higfield, R.: *La flecha del Tiempo*, Plaza & Janés editores, España, 1992.

suerte quiso que al final Flavio Biondo acabara perteneciendo también a la Edad Media, dado que murió en 1463 y, por convención, la fecha de conclusión del periodo se ha fijado en 1492, (...). Consideremos las cifras: 1492 menos 476 nos da 1016. (...) representan mucho tiempo (...) durante el cual tuvo lugar una infinidad de hechos históricos. (Eco, 2018:11)

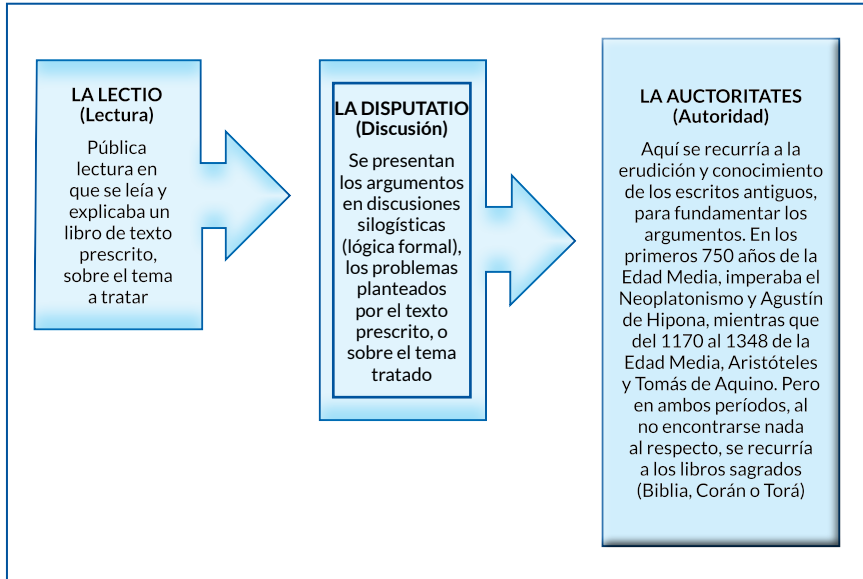
Con un poco más de un milenio, el periodo que denominamos Edad Media en el mundo Occidental, podríamos decir que ni es *media*, ni *obscura*, como las corrientes de pensamiento contemporáneas (desde la época de Biondo) han querido inocularnos. Más bien, se nos revela, cuando nos detenemos a revisarla, como la manifestación interna de lo que ocurre dentro de cualquier ser humano que intenta *conocer algo*. Con una multiplicidad de tiempos y ritmos que cohabitan y se manifiestan en nuestro carácter. Nos viene a la mente un vitral de la catedral de Bolonia que lo clarifica todo y al calce dice: “*Draconem nostrum vivum devorandum leonii ferocissimo*” (Nuestros dragones viven devorándonos como leones feroces).

Y si este milenio en tiempo físico concentra infinidad de procesos y hechos históricos, ¿qué ocurre con el pensamiento, que es más lento en su evolucionar? ¿Cómo reducir tantas generaciones de humanos en tan sólo una corriente? Vale preguntarse –parafraseando a Eco (2018)– ¿cuántos años hay entre Agustín de Hipona (354-430) y Tomás de Aquino (1225-1274)? Exactamente, 800 años, los mismos que hay desde Tomás de Aquino a nuestros días. ¿Qué ocurre con el pensamiento, con los aportes de la Antigüedad, cuáles son los avances, qué retrocesos surgen? Iniciemos por el método por antonomasia del conocimiento medieval: *La Escolástica*.

Etimológicamente se deriva de *Schola-Scholasticus* (Escuela-Maestro) y significa Maestro de Escuela. En función del continente del concepto, se designa con este término al saber teológico-filosófico cultivado en las escuelas medievales. En el sentido común que actualmente le otorgan algunos contemporáneos –peyorativamente o no– se refiere sólo al pensamiento cristiano. Como características de la Escolástica encontramos dos a lo largo de todo el milenio: Unión de ciencia y fe; y, Uniformidad del método. La primera es sencillo comprenderla, pues es común la convicción de la existencia de Dios y del régimen divino en el mundo, entre cristianos, islámicos y judíos (si hablamos de las tradiciones teológicas en general). Lo cual hace que todas las cuestiones del conocimiento no sólo sean respondidas por la

razón, sino más aún por la fe. En cuanto a la uniformidad del método, lo podemos apreciar en la siguiente figura:

Figura 3. Proceso de conocimiento del método escolástico



Elaboración Propia 2020

Con la irrupción de Aristóteles a través de Avicena a Tomás de Aquino, en el pensamiento del medievo, sin desaparecer totalmente el neoplatonismo agustiniano, a partir del siglo XII, al ser el más claro respecto a la lógica, se introdujo a la escolástica un lenguaje más técnico, para sus problemas y demostraciones, contribuyendo mucho a la uniformidad del método.

Si bien, la escolástica no mira al descubrimiento de verdades e innovaciones, en cuanto a la demostración, transmisión y asimilación de saberes ya conocidos, se convierte en el único lugar de cultivo del conocimiento, teniendo a profesores y oyentes como sus únicos representantes. Esto puede explicar –claramente– la formación de escuelas con opiniones fijas y uniformes, las cuales se encuentran redactadas con una claridad lógica de pensamiento y reunido todo su saber en *summas*. Construidas éstas

arquitectónicamente con la lógica deductiva de Aristóteles y las habilidades propias de la Retórica. Escritas en latín.

Con el fin de clarificar el proceso de conocimiento a través de la escolástica, la podemos periodizar en cinco grandes bloques de temporalidad: 1. La primera escolástica o etapa de formación, donde sobresalen las escuelas palatinas y catedralicias, dependientes de un monasterio o en las cortes de los príncipes (476-1100 aprox.). 2. La escolástica Carolingia de los siglos XI y XII, que hace una revisión y une las bases, manifestándose en las universidades (1088) en adelante. 3. La alta escolástica (1200-1348), donde alcanza su hegemonía, no sólo en Occidente, sino también en Oriente (Bizancio y el mundo árabe). 4. La escolástica tardía (1364-1517), donde se petrifica paulatinamente y no alcanza a ponerse a la altura de las innovaciones y transformaciones del pensamiento de la Modernidad. 5. La neo-escolástica (1563 a nuestros días); podríamos denominarla también como escolástica esporádica, pues aparece y desaparece como método en todas las épocas posteriores al Concilio de Trento (1545-1563), aportando en los diversos métodos aparecidos, su lógica y erudición.

2.4.1. La primera escolástica o etapa de formación (476–1100)⁴

Como antes ya lo mencionamos, esta etapa es una prolongación de las escuelas elementales basadas en el Trivium y Quadrivium romanos. Supervisadas y manejadas por las cortes –de allí la denominación de palatinas–, pero principalmente por los monasterios y las catedrales. Esto ocurre porque al mismo tiempo que se desintegra en un mosaico enorme de reinos el imperio, las lenguas vernáculas alcanzan su auge dentro de la población y, como el conocimiento antiguo se encuentra en latín, griego y hebreo (principalmente), se reduce el número de conocedores de estas lenguas al manejo de las cortes, de los rituales⁵ y de los monasterios.

En este periodo destaca Manlio Severio Boecio (480-525), quien tiene una buena formación en platonismo, aristotelismo y estoicismo, su

4. En estos apartados nos ocuparemos de las cuestiones epistemológicas durante el Medioevo.

5. El latín siguió en los rituales hasta finales del Concilio Vaticano II (1965) y su abandono, creo controversia dentro de la Iglesia, con el obispo Lefebvre en Francia y otras diócesis del catolicismo.

cuestionamiento principal es: ¿si Dios existe, de dónde proviene la injusticia y el mal que seduce al hombre? “con sus traducciones aristotélicas, sus comentarios de lógica (...) da inicio a una serie de reflexiones que animarán a toda la escolástica siguiente. (...) Tan solo su comentario a la *Isagoge* de Porfirio (...) marca el inicio de la disputa sobre los universales (...) y aún hoy domina la discusión sobre teoría del conocimiento.” (Eco, 2018: 345). Ya para la segunda mitad del siglo XI, podemos mencionar a Pedro Abelardo (1079-1142), como contraparte de Boecio en lo que respecta a los universales, pues para él, ni son sólo palabras sonoras, ni gozan de existencia independiente del mundo que se palpa y se ve, sino conceptos que responden a una exigencia del intelecto (al cual denomina espíritu). Su gran aporte es la importancia que da al sujeto pensante, de donde lo retomarán los pensadores modernos del siglo XVII⁶.

Aunque no directamente vinculados a la epistemología, tenemos que hacer mención de Isidoro de Sevilla (560-636), Rábano Mauro (780-856) y Beda (673-735), conocidos como *enciclopedistas*, siguiendo la tradición de la *Naturalis Historia* de Plinio (23/24-79), de los que Eco afirma:

Por más que aparentemente, puedan reducirse a un acervo de noticias desorganizadas (...) proveerán materia de reelaboración a los enciclopedistas de los siglos por venir; y por más que hoy se ironice sobre las (...) etimologías de Isidoro, no debe olvidarse que [allí aparece] (...) una medición casi exacta de la longitud el ecuador terrenal; señal (...) de que los medievales (contrariamente a tantas leyendas) supieron muy bien lo que los griegos en su momento ya sabían: que la tierra es esférica. (Eco, 2018:346).

Antes de cerrar este apartado, consideramos fundamental sepultar la falsa idea del *milenarismo* y los terrores causados por éste en el cambio de año del 999 al 1000. Sobre esta leyenda profundizaron los historiadores románticos, si buscamos en los textos de la época, no existen huellas de esos “terrores”,

6. Para quien desee profundizar respecto a esta controversia entre Boecio y Abelardo, sería bueno mirarse: Magoja, E.: “*El problema de los universales en Boecio y Abelardo: críticas a la posición realista que considera el universal como una res*”, en *Stylos*, 2017, pp. 125-135, en <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/STY/article/view/2022/1866> (consultado 2/07/2020).

sino hasta finales del siglo XVI. “[La mayoría de la población] de aquella época ni siquiera sabían que se encontraban en el año 1000, porque la datación del nacimiento de Cristo (...) no era todavía un asunto de uso corriente”. (Eco, 2018:247).

2.4.2. Escolástica carolingia (siglos XI y XII)

A lo largo de estos dos siglos, se asienta dentro de la escolástica la dialéctica aristotélica, uniendo la exégesis hermenéutica de los textos, con la lógica evolutiva (dialéctica), por lo que podemos llamar a este período de tiempo en el medioevo, como la consolidación del método para la epistemología. ¿Cómo es que ocurre esto tan tardíamente? Según Raúl Madrid (2016), la visión programática de Boecio “que antes sólo se encontraba implícita, ahora es formulada conscientemente, como si se tratara de un principio metodológico, consistente en revisar las diversas perspectivas para interpretar un texto, y elegir aquella que le resultaba más adecuada” (362).

Al unirse la argumentación dialéctica aristotélica con los conocimientos del mundo greco-latino y la sistematización de este método por los monacatos, no tiene otro objeto que el de acercarse cada vez más a la verdad –con la fuerza de cada argumento–, aupado sobre la tradición. Es por ello que Madrid (2016), citando a Juan de Salisbury (1159) afirma que, “según Bernardo de Chartres, *somos casi enanos, sentados sobre la espalda de gigantes. Vemos, pues, más cosas que los antiguos, y más alejadas, no por la agudeza de nuestra propia vista o por la elevación de nuestra talla, sino porque ellos nos sostienen y nos elevan con su estatura gigantesca*” (363). Esta frase, acuñada en el siglo XII, se ha convertido en un referente común hasta nuestros días, de tal manera, que desde entonces, cuando nos queremos referir al conocimiento humano del presente, debemos mirar de reojo los cimientos de la sabiduría pasada. Cuestión epistemológica central para el inicio de cualquier aprendizaje humano. El cual se enfoca en descubrir la verdad y para ello cuenta con el libre albedrío.

2.4.3. La Alta Escolástica (1200–1348)

Después de la creación de la primera universidad (Bolonia 1088) y las subsecuentes en, Inglaterra (Oxford 1096), París (Notre Dame 1150) y

España (Salamanca 1218), sacando a la escolástica de las escuelas palatinas y los monasterios, pues atrajeron a multitud de estudiantes que buscaban conocimientos en diversas áreas y no sólo las teológicas, aunado a las herramientas aristotélicas de la dialéctica, en tres generaciones de la época⁷, dieron un salto hacia la posibilidad de nuevos conocimientos y hacia la apertura a más personas de la sociedad.

El aprendizaje del latín y del griego (en varias universidades), así como la traducción a lenguas vernáculas de varios de los escritos de la antigüedad, coadyuvaron a la atracción de la gente hacia la búsqueda de la verdad. La mayoría de los maestros de las universidades eran de la doxa de que “los hombres, pese a su condición de ser caídos, eran <<capaces de desarrollar al máximo sus dotes intelectuales y espirituales>>, de que el universo poseía un orden y, por tanto, era accesible a la investigación racional, y de que el hombre podía dominar su entorno gracias al intelecto, el conocimiento acumulativo y la experiencia” (Watson, 2009:579).

La mayoría de los textos aristotélicos no ingresaron directamente, sino como traducciones árabes con sus comentarios, principalmente de Averroes (1126-1198) y, aunque el aristotelismo no era desconocido en la Europa medieval –pues había sido manejada su lógica–, éste había llegado salpicado de neoplatonismo, diluyéndose en cuanto a cuestiones epistemológicas en un simple método de razonamiento. Este redescubrir a Aristóteles en el siglo XIII se convirtió en “la primera vez en siglos que se cuestionaban abiertamente creencias tales como la inmortalidad del alma o la creación en el tiempo. Probablemente fue la influencia de la interpretación de Averroes, más que la de Aristóteles en sí mismo, la que ocasionó tal conmoción en la filosofía escolástica” (Merino, 2001:136).

Estas reinterpretaciones del dogma, así como el surgimiento de diversas herejías del gnosticismo esporádico, hicieron saltar las alarmas dentro de la institucionalidad de la Iglesia ya que se estaba perdiendo el control del pensamiento de la sociedad medieval. Pues, si la racionalidad está por encima de la fe y ambas buscan a la verdad por vías diferentes, eso significa que la fe no es lo único que nos acerca a la verdad, como lo manifestaban los escolásticos neoplatónicos. Esta racionalidad no solo implica la inteligencia,

7. La edad promedio de vida de una generación en esta época era de aproximadamente 53 años.

sino el conocimiento sensible a través de la observación, la experimentación y la contrastación, es decir, hay otros métodos epistemológicos para acercarnos a la verdad.

Uno de los primeros en exponer y practicar el método de la experimentación fue Roger Bacon (1214-1294). Este método incipiente para la época, posee los elementos básicos: una observación exacta, rigurosa y precisa que suministra los datos del hecho y, un lenguaje matemático riguroso que sirve para demostrar lo observado. Con ello, adquiere preponderancia la observación y la experiencia por encima del razonamiento deductivo de la lógica, lo que deriva al conocimiento a la elaboración de herramientas (técnicas) que hagan más precisa la observación.

Con estos antecedentes, la escolástica se convierte en la búsqueda de una sistematización del conocimiento, apoyado en dos bases: 1. El intelecto y la observación (racionalidad) y, 2. La fe y la revelación. La mayor sistematización del conocimiento de la Escolástica se encuentra en la *Summa Theologica* de Tomás de Aquino (1225-1274). Obra que ha trascendido en el pensamiento Occidental, a tal grado que aún ahora en el siglo XXI, se convierte en referente para algunas disciplinas, pues las conceptualizaciones que utilizan siguen las manejadas por Aquino (Potencia, Acto; Bondad absoluta y relativa; Verdad absoluta y relativa; la esencia y existencia). Todos ellos extraídos en su base de los escritos aristotélicos.

Aquino, siguiendo a Aristóteles, considera que el origen de todos nuestros conocimientos es la experiencia sensible (y no la introspección, como en S. Agustín) y que a partir de dicha experiencia, y no de manera separada de esta, puede conocerse lo universal, gracias al proceso de abstracción que separa las formas de las sustancias sensibles. La Razón ha sido creada por Dios de tal modo que puede realizar este proceso por sí misma. En consecuencia, la razón no necesita de ningún tipo especial de iluminación para comprender aquellas verdades que le son accesibles. Aunque, por supuesto, Aquino considera que no todas las verdades son accesibles a la Razón. El conocimiento natural que podemos obtener del mundo tiene unos límites, y en mayor medida el conocimiento natural que podemos adquirir de Dios, (...). Precisamente para eso, para permitir al imperfecto y finito ser humano conocer cosas que su Razón no le permite comprender, es para lo

que Dios nos ha dado la revelación. La Fe viene así a completar el conocimiento que el hombre obtiene racionalmente. La Fe no anula la Razón, sino que la perfecciona. (Merino, 2001:141)

Respecto a la epistemología, podemos resumir apretadamente en tres ámbitos sus reflexiones:

- a) La fe y el conocimiento: la primera se inspira solamente en la revelación; mientras que el segundo, sólo en la razón. Pero con la cosmovisión cristiana, como ambas vienen de Dios, no puede haber verdadera contradicción entre ellas.
- b) Quien decide en el saber no es la Auctoritates, sino la razón. Sin embargo, no debemos despreciar la tradición.
- c) La teología es una síntesis de la revelación y la razón y su fin es penetrar intelectualmente a los misterios de la revelación.

Antes de cerrar este apartado, es necesario no dejar de lado los otros conocimientos en varias áreas de la existencia humana. Conocimientos que –mezclados con mitos, creencias y leyendas– avanzaron desde la antigüedad a lo largo de la Edad Media, perfeccionándose y desvinculados (en muchas ocasiones) de las preocupaciones epistémicas de la época. Como lo señala Corsi (2018): “En el mundo mediterráneo, al igual que en el islámico, astronomía y astrología son típicamente indistinguibles; igualmente, es muy difícil trazar una línea de demarcación entre prácticas farmacológicas, médicas o químicas y prácticas mágicas o consideraciones de orden moral” (415). A su vez, entre los años 1306 y 1349 aparecen en lengua vernácula (italiano) las obras de Dante (*La Divina Comedia*); Petrarca (*Cancionero*); y, Boccaccio (*Decameron*). Obras propiamente de índole literario que muestran algunas de las vivencias de la sociedad de la época, con un incipiente humanismo que desacraliza totalmente al conocimiento. Presentando la vivencia como la síntesis de la cosmovisión cultural del individuo.

Pero la fecha de 1348 que impusimos a la *Alta Escolástica*, no tiene ninguna referencia a algún cambio en la epistemología dominante, sino más bien, con la expansión de una epidemia en la sociedad europea medieval. Dos años atrás (1346) empezaron a llegar noticias de la devastación de pueblos enteros en Asia, con una mortandad de cerca de 24 millones. Un año

más tarde, aparece la epidemia en Italia y rápidamente se propagó por toda Europa, es aquí donde la denominan “peste negra” –ahora conocida como peste bubónica– porque la gente infectada muere de asfixia y al ahogarse, tiende a amoratarse en el rostro. A mediados del siglo XIV “el concepto de contagio no se conocía, por lo que la noticia más o menos pasó desapercibida para una sociedad ensimismada con su vida cotidiana” (Ruíz, 2020: s.p.).

Por cerca de 14 años la epidemia asoló a Europa, suscitando varias interpretaciones. Desde el “castigo divino”, hasta el renacer del “milenario” apoyados en las interpretaciones del tiempo que hace Agustín de Hipona. “La peste negra se dio por extinguida en 1361, dejando una cantidad estimada superior a 85 millones de personas fallecidas. Ha sido y es considerada la pandemia más devastadora de la historia de la humanidad. (...) Dejé ciudades enteras vacías, poblaciones donde la resistencia y fortaleza de cada individuo marcó la diferencia entre la vida o la muerte” (Ruíz, 2020: s.p.).

2.4.4. La Escolástica tardía (1364–1517)

Hacemos coincidir el cierre de esta escolástica con el año en que Martín Lutero clavó sus noventa y cinco tesis en la puerta de la iglesia de Wittenberg, pues era ya insostenible el control del pensamiento bajo una sola ortodoxia por parte de la Iglesia, este hecho es –por hacer una analogía– como la “lanza de Longinos” que, según la leyenda y la tradición, atravesó el costado de Jesús en la cruz y, de esa herida, brotó sangre y agua. Es decir, el surgimiento abierto del Protestantismo, es la lanzada final al poder de la Iglesia sobre la ortodoxia del pensamiento. Si bien, con la Reforma Protestante de Lutero, correría mucha sangre (tal vez más de la que ya había corrido por cuestiones de fe); el agua de la libertad de aprendizaje y conocimiento, que brota de la escolástica tardía y de la *Modernidad*, transformó todo el conocimiento occidental.

En este período final de la Edad Media, destacan con aportes a la epistemología Occidental el repunte del *nominalismo*, representado por Guillermo de Ockham (+-1295-1349):

La crítica que Ockham va a realizar a la metafísica racional se basa en su teoría del conocimiento, y esta consiste en la utilización conjunta de dos posturas que ya habían sido formuladas por escolásticos

anteriores: la lógica terminista, que estudia los modos de significación de los términos del lenguaje, y el intuicionismo, que tiene su raíz en la postura nominalista ante la disputa de los universales del siglo XII. (Merino, 2001: 156).

Lo cual indica que la lógica aristotélica se convierte en una herramienta de la crítica destructiva de lo que se denomina la metafísica racional. Ockham toma de Pedro Hispano (Papa Juan XXI), lo que se denomina *lógica terminista*, la cual considera a las palabras como “entidades físicas que guardan una relación semántica con la realidad (...) [de dónde se derivan] las confusiones que han generado los conceptos de la metafísica” (Merino, 2001:156). Para ello hace uso de lo que denomina términos *categoremáticos* y *sincategoremáticos*, conceptos que pulirá a mediados del siglo XX Saussure, para hacer avanzar la disciplina de la lingüística. No nos detendremos en esto por el momento. La crítica impulsada por las universidades a lo largo del siglo XIV, no trataba de destruir los dogmas, sino más bien, hacer la separación definitiva de dos ámbitos del conocimiento. Por un lado, la *fe* que debe encargarse de los dogmas y, por el otro, la *razón* que no tiene manera de interpretar la fe, sino sólo de buscar la verdad (por no decir la racionalidad) que explique la realidad del cosmos.

Esta separación, aunada a otros acontecimientos en la Europa del siglo XIII y XIV (la guerra de los 100 años entre Francia e Inglaterra; hambrunas y la peste, así como el cisma de Occidente al haber dos Papas al mismo tiempo), decantaron la discusión del *Poder*. Hasta el siglo XIV nadie había cuestionado la idea de las dos coronas o espadas (la religiosa y la civil), pero ante la falta de control de la Iglesia, los diversos principados y reinos de Europa –así como algunas ciudades– extendieron su control por sus territorios y con ello impulsaron la idea del racionalismo humanista.

Además de lo anterior, debemos mencionar la invención de la imprenta (1440-1450), con lo cual el conocimiento llegó con mayor rapidez a la población interesada. Aunado esto a la *invención de América* (1492) y la caída de Constantinopla en manos de los turcos otomanos. En este siglo XV, podemos situar el nacimiento de la *Modernidad*, con sus diversas etapas y procesos.

Tabla 3
Epistemología Medieval (Siglos V – XV)*

Nombres	Conocimientos	Preguntas o problemas	Respuestas
<p>Primera Escolástica o etapa de formación (476–1100 aprox.) Manlio Severio Boecio (480–525) Pedro Abelardo (1079–1142)</p>	<p>Matemáticos Físicos Geográficos Lógicos y conceptuales Jurídicos civiles Históricos Religiosos (cristianos)</p>	<p><i>Revelación y Razón</i> <i>Naturaleza y sobrenaturaleza</i> <i>¿Qué es el bien?</i> <i>¿Los conceptos son universales?</i> <i>¿Si Dios existe de dónde proviene el mal que seduce al hombre?</i></p>	<p>Los dogmas revelados pueden razonarse Cuerpo y alma Es un atributo divino Metafísica y Realismo Moderado De la debilidad humana y el pecado</p>
<p>La escolástica Carolingia de los siglos XI y XII (1088–1200) Creación de las universidades (Bolonia 1088) (Oxford 1096) (Notre Dame 1150) (Salamanca 1218)</p>	<p>Ibidem Astronomía y astrología Botánicos para prácticas farmacológicas, médicas o químicas Experimentales Exegético–hermenéuticos</p>	<p><i>Revelación y Razón</i> <i>¿Los conceptos son universales?</i> <i>¿Cuáles son los límites de la razón?</i></p>	<p>Revelación y Razón son opuestas Metafísica Neoplatónica Realismo Moderado Aristotélico Están impuestos por la Revelación Relativismo incipiente</p>

Tabla 3
*Epistemología Medieval (Siglos V – XV)**

Nombres	Conocimientos	Preguntas o problemas	Respuestas
<p>La alta escolástica (1200–1348) Averroes (1126–1198) Roger Bacon (1214–1294) Tomás de Aquino (1225–1274) Dante Alighieri (1265–1321) Francesco Petrarca (1304–1374) Giovanni Boccaccio (1313–1375)</p>	<p>Ibidem Lenguas (Latín, Griego, Hebreo, Árabe) Dialécticos Morales La observación y la experiencia Sistemáticos Político–socio–religiosos</p>	<p>¿Cuáles son los límites de la razón? ¿Cuál es el orden que posee el universo? ¿Es acumulativo el conocimiento? ¿El alma es inmortal? ¿Dónde se origina el tiempo? ¿Cuáles son los atributos del ser? ¿Quién debe tener el Poder en la tierra?</p>	<p>La realidad sensible y Dios La Ley Natural, hay que encontrarla “Somos enanos sobre los hombros de gigantes” Es el soplo divino en el ser Con la creación Uno, Bueno, Verdadero y Bello A quien Dios se lo otorgue</p>
<p>La escolástica tardía (1364–1517) Guillermo de Ockham (+–1295–1349)</p>	<p>Ibidem Humanístico–antropológicos Crítico–deconstructivos Socioeconómicos Político–sociales</p>	<p>Los universales Revelación (fe) e Intelecto (razón) El Poder</p>	<p>El nominalismo más el Intuicionismo Categoremáticos y sincategoremáticos Separación total y definitiva, pues su objeto de estudio es diferente, lo mismo ocurre con el Poder.</p>

Elaboración propia 2020

* No hemos incluido la Neoescolástica (1563 a nuestros días), porque se convirtió como el gnosticismo, en algo esporádico y recurrente cuando hay crisis de la racionalidad, desde 1563 hasta nuestros días.

3. Bibliografía

- Agustín, S. (1964). *De Civitate Dei*, BAC
- Aristóteles. (2001). *Ética a Nicómaco*, Mestas ediciones
- Corsi, P. (2018) “Introducción a la Ciencia y la Tecnología” en Eco, U. (Coord.) (2018). *La Edad Media. I. Bárbaros, cristianos y musulmanes*, FCE
- Coveney, P. y Higfield, R. (1992). *La flecha del Tiempo*, Plaza & Janés editores
- Eco, U. (Coord.) (2018). *La Edad Media. I. Bárbaros, cristianos y musulmanes*, FCE
- Gómez, J. L. (2006). *Sócrates mejorado. Introducción al pensamiento y la pedagogía de Sócrates*, USFQ
- Grimal, P. (1965). *La civilización romana*, Juventud
- Madrid, R. (2016) “El concepto de “*libertas scholastica*” y el modelo metodológico de la universidad medieval” en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos XXXVIII* en <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552016000100013> (02/07/2020)
- Magoja, E. (2017) “El problema de los universales en Boecio y Abelardo: críticas a la posición realista que considera el universal como una res”, en *Stylos*, en <https://revistas.uca.edu.ar/index.php/STY/article/view/2022/1866>
- Merino, J. A. (2001). *Historia de la filosofía medieval*, BAC en <http://juango.es/files/tema5escolastica.pdf>
- Parodi, M. et al (2018). *La filosofía entre la Antigüedad tardía y la Edad Media. Agustín de Hipona* en Eco, U. (Coord.) (2018). *La Edad Media. I. Bárbaros, cristianos y musulmanes*, FCE
- Platón (1988). *Díálogos V*, Gredos
- Platón (1992). *Díálogos VII*, Gredos
- Porfirio (1982). *Vida de Plotino. Plotino Enéadas I–II*, Gredos
- Ruíz, G. (2020). “La Peste negra: Antecedentes, desarrollo y repercusión” en *Historia General*, en <https://sobrehistoria.com/la-peste-negra-de-1348/> (16/07/2020)

- Sousa, B. (2019). El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur, Trotta
- Syme, R. (1960). The Roman Revolution, Oxford University Press
- Watson, P. (2009). Ideas. Historia intelectual de la Humanidad, Crítica.

Capítulo 2

Reconstrucción de la epistemología occidental

J. Tomás Sánchez Jaime
Cinthia V. Pérez Bolaños

1. La modernidad

Como mencionamos líneas arriba, la época denominada convencionalmente en el mundo Occidental como *La Modernidad*, es un lapso de varios siglos que encierra diversos procesos con denominaciones propias, pero que los inicios y términos de los mismos caen dentro de lo que Braudel (1980) define como procesos de larga y corta duración. La idea de los modernos que se ha transmitido a lo largo del tiempo es que con ellos se da un reencuentro con el mundo real, dejando atrás el conocimiento *libresco* de la Edad Media. Misma que en lo social y su transformación, deberá esperar más de tres siglos para que ocurra y, con el cambio del *Ancian Regime* como lo denominan en la Revolución francesa (1789), se demostraría la aplicación de este verdadero conocimiento.

En cuanto al pensamiento o desarrollo de la epistemología en la modernidad, podemos hablar de tres grandes procesos con sus características propias: 1. El Renacimiento; 2. El Barroco (también conocido como la Modernidad); 3. La Ilustración (denominada también El Siglo de las Luces y, en Alemania: El Idealismo alemán). Cada uno de ellos con muchas nebulosas respecto a sus inicios y finales precisos, pero con un aporte a la idea del avance del conocimiento acumulativo de la humanidad Occidental.

1.1 El Renacimiento (med. Siglo XIV a pp. Siglo XVII)

Dejemos de inicio esa idea de la resurrección del pensamiento greco-romano, pues como hemos visto en el apartado dos, ya se conocía durante toda la Edad Media. Proponemos verlo como una auténtica discusión y revisión de la herencia de los antiguos que condujo a una primavera de ideas en todos los ámbitos del quehacer humano. En un lapso muy corto de tiempo (cerca de doscientos años) aparecen un ejército de magníficos artistas, audaces aventureros (descubridores les llaman algunos), innovadores religiosos, exaltados fanáticos y, temerarios espíritus libres.

En un intento por delimitar los campos donde se reflejan los cambios, encontramos:

- i) *El Humanismo*: la predilección por el ideal grecorromano del ser humano y la problemática que enfrenta en el mundo.
- ii) *La teoría Heliocéntrica*: como nueva forma de ver la naturaleza tras la crítica a Ptolomeo por Copérnico, Brahe, Kepler y Galileo.
- iii) *La Reforma Protestante*: una propuesta de retorno al cristianismo primigenio iniciada por Lutero.
- iv) *Nueva Teoría del Estado*: como la unión de seres humanos con sus defectos y pasiones, presentada por Maquiavelo, Tomás Moro, Erasmo de Rotterdam, Jean Bodin, Thomas Hobbes.
- v) *La implementación de tecnologías*: en la navegación, la imprenta, el telescopio.

La tecnología que revolucionó el conocimiento haciéndolo llegar a más personas en el menor tiempo posible es producto de un proceso largo de necesidades y otras tecnologías, por llamarlas de alguna manera: el papel y la imprenta. “Antes de la introducción del papel, los libros de vitela [y de pieles] eran costosos” (Watson, 2009:601). A lo que había que sumarle el coste del copista y la supervisión de la copia fiel y correcta del texto: “Este sistema fue bastante eficiente –prueba de ello es que gracias a él más de dos mil copias de obras de Aristóteles han llegado hasta nosotros procedentes de los siglos XIII y XIV– y constituye un indicio de la emergencia de un público lector en el siglo XIII”. (Watson, 2009:601).

Como podemos apreciar, la imprenta surgió de una necesidad imperante para la sociedad de la época, que hizo fundamental el desarrollo de algunas innovaciones y, como lo señala Watson (2009):

Hacia el siglo XIV el uso del papel estaba generalizado en Italia. (...) A comienzos del siglo XV aparecen las corporaciones de fabricantes de papel, que como las de copistas y libreros tuvieron un estrecho vínculo con las universidades. El <<descubrimiento>> de la imprenta en Occidente dependió de tres innovaciones: los tipos móviles de metal fundido, la tinta grasa y la prensa (601-602).

Pero no sólo para las universidades era necesaria la nueva tecnología, pues al difundirse el uso de las lenguas vernáculas, se dio inicio a innumerables escritos de cortesanos y personajes no vinculados a ellas. Quienes, apoyados por mecenas o con sus propios recursos, secularizaron no sólo el conocimiento, sino también lo que ya denominamos en el primer apartado: las *δοχᾶς* (opiniones y/o interpretaciones). Haciendo que el control del pensamiento, cada vez fuese más difícil por cualquier institución. Por ello, “los cambios a los que posteriormente [se debieron dar] tuvieron más que ver (...) con el establecimiento de estándares de fidelidad, (...) con la propagación de la Reforma (...) y con el triunfo del humanismo” (Watson, 2009:607).

Uno de los ajustes que se hizo para diferenciar las *δοχᾶς* de lo que denominaremos *επιστημῆς*, fue que los segundos se siguiesen manejando en latín o en griego, mientras que los primeros –aunque con traducciones vernáculas– se dejasen más libremente a la ortodoxia y libre albedrío del autor y de las autoridades seculares, para ello,

Una nueva literatura surgió para impulsar la piedad popular; el culto de la Virgen, (...) y las obras que celebraban la vida y las virtudes de la Madre de Dios tuvieron mucho éxito, como lo tuvieron también las obras sobre la vida de los santos. Coincidiendo con el humanismo (...) ayudó a promover un renovado interés en la antigüedad. Asimismo, el número de gramáticas disponibles aumentó de forma sorprendente, al igual que el de las novelas de caballería. Las ciencias y las matemáticas

también suscitaron gran interés, en especial los científicos y matemáticos antiguos. La astrología y los libros de viajes también gozaron del favor del público (Watson, 2009:607).

Ahora bien, en lo que concierne a la reconstrucción de la epistemología de Occidente, hemos enunciado el *humanismo*. Con este nombre se designa a una corriente de pensamiento que intenta comprender la problemática del ser humano, como algo fundamental para toda epistemología. La instauración del humanismo se inició desde la educación y tuvo avances en el siglo XIII y retrocesos, en varias ciudades europeas, destacándose en el siglo XV y XVI las ciudades-estado italianas, pues lograron un currículo humanista que “unificó el Renacimiento, e hizo de él una era de magníficos logros, cultural e históricamente coherente.” (Watson, 2009:615).

Este humanismo renacentista tiene tres aspectos fundamentales para su comprensión: “la scoperta della *storicità* del mondo umano; la scoperta del vallore dell’uomo e de la sua natura mondana (naturale e storica); la tolleranza religiosa” (Abbagnano, 1999:5)¹. Dentro de sus representantes podemos nombrar a: Lorenzo Valla (1407-1457); Marsilio Ficino (1433-1499); Pico della Mirandola (1463-1494); Erasmo de Róterdam (1466-1536); Tomás Moro (1478-1535); Juan Luis Vives (1492-1540); Michel de Montaigne (1533-1592).

En relación a la situación del ser humano respecto a la naturaleza, la parte preponderante en la que hubo un desarrollo fue la observación del cosmos. Para ello se requirió de otro avance circunstancial de la tecnología, la invención del telescopio y la primacía de la observación, por encima de la reflexión. “En el siglo XVI, se consideraba que entender los cielos era la meta más importante de la ciencia, término que por lo general significaba física” (Watson, 2009:754). Aquí destacan Nicolás Copérnico (1473-1543); Tycho Brahe (1546-1601); Jhoannes Kepler (1571-1630); Galileo Galilei (1564-1642).

En una sociedad religiosa, <<el destino de la vida y de todo lo demás estaba vinculado al movimiento de los cielos: los cielos regían la tierra.

1. “El descubrimiento de la historicidad del mundo humano; el descubrimiento del valor del hombre y de su naturaleza mundana (natural e histórica); la tolerancia religiosa”. Traducción propia.

Por consiguiente, quienquiera que entendiera cómo funcionaban los cielos, entendería todo cuanto ocurría en la tierra>>. Una de las principales conclusiones de [esta] revolución científica fue que los cielos no regían la tierra (Watson, 2009:754).

Si a esta *revolución científica* –como la denomina Watson– aunamos la *invención de América*, tendremos un enorme resquebrajamiento de la cosmovisión europea Occidental que, como consecuencia lógica, moverá (lenta pero irremediamente) toda la epistemología existente hasta entonces. ¿Por qué utilizamos el concepto invención y no descubrimiento? Este concepto se nos hace el más apropiado desde que lo acuñó Edmundo O’Goorman en 1958 en su libro *la Invención de América* (1967), en el que hace una reconsideración del concepto “descubrimiento”, a la luz de los escritos de Cristóbal Colón:

¿Puede realmente afirmarse que América fue descubierta sin incurrirse en un absurdo? (...). La tesis es ésta: que al llegar Colón el 12 de octubre de 1492 a una pequeña isla que él creyó pertenecía a un archipiélago adyacente al Japón fue como descubrió a América. Bien, pero preguntemos si eso fue en verdad lo que él, Colón, hizo o si eso es lo que ahora se dice que hizo. Es obvio que se trata de lo segundo y no de lo primero. Este planteamiento es decisivo, porque revela de inmediato que cuando los historiadores afirman que América fue descubierta por Colón no describen un hecho de suyo evidente, sino que nos ofrecen la manera en que, según ellos, debe entenderse un hecho evidentemente muy distinto: (...). En suma, se ve que no se trata de lo que se sabe documentalmente que aconteció, sino de una idea acerca de lo que se sabe que aconteció. Dicho de otro modo, que cuando se nos asegura que Colón descubrió a América no se trata de un hecho, sino meramente de la interpretación de un hecho. (...), nuestro problema (...) consiste en poner en duda si los hechos que hasta ahora se han entendido como el descubrimiento de América deben o no deben seguir entendiéndose así (3-5).

Lo anterior es una prueba sencilla de cómo una epistemología dominante inculca “saberes” a una sociedad, haciéndola costumbre y tradición. Si lo

reflexionamos un poco, podemos darnos cuenta que esto sigue ocurriendo en nuestra cultura (académica o no) actual de América Latina.

Ahora bien, retomando el hilo de nuestro análisis, otro elemento que propicia la transformación epistemológica de Occidente es la denominada *Reforma Protestante*, la cual debemos vincular al proceso de *Contrarreforma* abanderado por la Iglesia a través del Concilio de Trento (1545-1563). Dicha reforma terminó por secularizar el conocimiento en varias partes de Europa e hizo que la idea de la libertad de creencia propugnada por los humanistas, alcanzara gran consenso. No sin antes dejar verdaderas masacres en nombre de una u otra creencia.

Esta Reforma Protestante, acarrió consigo una *Nueva Teoría del Estado*, es decir, la transformación del poder en el mundo. Esta nueva concepción del Estado si bien no transformó a la sociedad inmediatamente, pues en Europa siguió imperando el feudalismo, sí hizo que la riqueza dejase de vincularse primordialmente a la posesión de tierras y –poco a poco– se asentara en el oro y la plata o el dinero.

Los ideólogos de esta concepción que tardó en generalizarse cerca de 250 años –con sus avances y retrocesos– son: Nicolás Maquiavelo (1469-1527); Tomás Moro (1478-1535); Erasmo de Rotterdam (1466-1536); Jean Bodin (1530-1596); Thomas Hobbes (1588-1679).

1.2. La Modernidad (también conocida como el Barroco) (med. S. XVI– finales S.XVII)

Como bien sabemos, las diversas estructuras que conforman una sociedad están en constante *transición y cambio*, por ello, cuando se trata de hacer una cronología en la metamorfosis del pensamiento el denominar a este período como una mera *transición* de Europa –que dejaba el Renacimiento para involucrarse en la Modernidad– en el preámbulo del capitalismo mundial emergente, nos deja un siglo XVII encajonado entre el XVI y el XVIII, como si no tuviera rasgos propios. Con el Renacimiento y la Reforma por un lado y la Ilustración y la Revolución por el otro.

Pero el siglo XVII tiene rasgos muy particulares que nos obligan a buscar otro término para designarlo.

En nuestra tesis de licenciatura en Historia –allá por 1996– nos inclinábamos por denominarle *declive de una época e inicio de otra* (Sánchez,

1996:44-63)². ¿Nueva?, entonces creíamos que sí, pero el avance en nuestras investigaciones apoyados en las fuentes y argumentaciones sobre los fines de siglo dentro del análisis histórico aún están –la mayoría de las veces– en discusión y, por ende, no nos permiten ubicar con un corte cronológico los conceptos de *término* e *inicio*. Por lo que todo parece indicar, que los humanos de esta época, antes de encontrarse en un mundo, estaban en dos suspendidos; uno de forma muy crítica, con una crisis en todos los ámbitos y otro con la consciencia tradicional del orden trastocado por los acontecimientos de los siglos XV y XVI, principalmente, los relacionados con la transformación del pensamiento. Así, Braudel (1953) señala:

Soy escéptico (...) acerca de un siglo XVI del que no se especifique si fue uno o varios, del que se da a entender que es una unidad. Yo veo a nuestro siglo dividido en dos, al igual que Lucien Febvre y mi notable profesor Henri Hauser: un primer siglo que empezó en torno al 1450 y terminó alrededor de 1550, y un segundo siglo que empezaría en ese momento y duraría hasta 1620 o 1640. (73).

Por otra parte, Wallerstein (1985) nos propone tres fechas para una ruptura:

Hacia 1500, 1650 y 1800; tres (o más) teorías de la historia: 1800, haciendo hincapié en la industrialización como cambio crucial; 1650, haciendo hincapié en el momento en que aparecen los primeros Estados “capitalistas” (Gran Bretaña y los Países Bajos) o en la aparición de las ideas “modernas”, supuestamente clave, de Descartes, Leibnitz, Spinoza, Locke; y 1500, haciendo hincapié en la creación de un sistema mundial capitalista distinto de otras formas de economía. (11).

Podemos observar en el primer corte una diferencia de cincuenta años al inicio de la misma y cien al finalizar; aunque podemos incluir las dos épocas de Braudel en la primera de Wallerstein en cuanto a fechas, tenemos serios problemas si tomamos en cuenta a las razones que aluden. Así, cincuenta años –casi una generación de la época– nos presenta la gran dificultad de

2. Inédita.

los *cambios de larga duración* (mentalidades, costumbres y demás). Pues, aunque coinciden en las causas del cambio social *grasso modo*, en la vida cotidiana de los humanos el cambio de larga duración, sería una *ruptura brusca*, conllevando a una crisis existencial y/o lucha enconada entre dos mundos diferentes dentro del propio ser.

Tabla 4
El problema de la cronología del tiempo (siglo XVII)

Autor	Siglo	Corte	Razones o argumentos
Braudel	XVI	1450/1550	Reconquista española; ensanchamiento del mundo europeo; destrucción de conceptos cosmo-religiosos; Reforma Protestante; Erasmismo.
Wallerstein	XVI	1500/1650	Creación de un sistema mundial capitalista, esto es, el ensanchamiento del mundo europeo y el inicio de la destrucción de conceptos cosmo-religiosos; la Reforma Protestante y la <i>Contrarreforma católica</i> .
Braudel	2º XVI o XVII	1550/1640	Consolidación del Imperio español con Felipe II; la <i>Contrarreforma católica</i> con el Concilio de Trento (1545-1563); el Estado Absolutista como promesa de solución en Europa; la pérdida de la hegemonía del pensamiento por la Iglesia en Occidente y la destrucción del sistema mediterráneo cristiano, así como el surgimiento del “modernismo” intelectual y político con el parlamentarismo inglés.
Wallerstein	XVII	1650/1800	Aparición de los primeros Estados capitalistas (Gran Bretaña y Países Bajos); fecundación de las “ideas modernas” de Descartes, Leibnitz, Spinoza, Locke, Newton; entrelazamiento de tres sistemas primitivamente separados (el Mediterráneo cristiano, la red de comercio entre Flandes y la Hansa en el Norte y Noroeste de Europa, así como la

Tabla 4
El problema de la cronología del tiempo (siglo XVII)

Autor	Siglo	Corte	Razones o argumentos
Wallerstein	XVII	1650/1800	adición del Este del Elba, Polonia y algunas otras áreas de Europa Oriental y las islas atlánticas y partes del Nuevo Mundo); el nacimiento del Barroco y la Ilustración, con la destrucción del "ancien regime" en la Revolución francesa, así como las primeras luchas de independencia (Haití y Estados Unidos)
Wallerstein	XVIII	1800/...	Con la industrialización como cambio crucial.

Elaboración propia 2020

Es necesario hacer resaltar que, tanto en Braudel como en Wallerstein, la importancia de España en los diversos cortes señalados aparece como fundamental, ya que el expansionismo europeo sería imposible comprenderlo excluyéndola; y las bases de un sistema capitalista se encuentran enraizadas en el comercio transatlántico del siglo XVI. Al igual que la transformación de los conceptos cosmo-religiosos, no habrían tenido tanto significado dentro de la historia general de Occidente, de no haber tomado España el estandarte de la Contrarreforma e inmiscuirse en guerras religiosas que propiciaron el distanciamiento entre países. Lo que fomentó y creó rencores –hasta nuestros días insalvables– en el ámbito de las creencias religiosas, por disputas teológico-filosóficas.

Con lo señalado *supra* se nos esclarece un poco más el ambiente que hizo posible la reconstrucción de la epistemología en el mundo Occidental. Este espacio de tiempo de la Modernidad, nos marca la separación inicial del conocimiento para su aprendizaje, tanto por el método como por su objeto de estudio de las disciplinas. Si bien las líneas de conocimiento siguieron siendo las clásicas (Filosofía, Artes liberales; Medicina; Teología y, Derecho), ahora resurgieron las Matemáticas, la Física, la Astronomía e incipientemente la Química y la Antropología. Estas tres últimas con un fuerte impulso del método experimental que, sumado a la matemática, pone las bases de lo que actualmente denominamos ciencias naturales.

Por su parte, la Filosofía, las Artes Liberales y el Derecho, se enfocaron más a cimentar la razón por encima de la creencia o de la fe, involucrando a la teología en una búsqueda de la verdad en la exégesis y la hermenéutica de las escrituras, apuntando a colocar grandes dudas sobre los dogmas establecidos y algunas de las prácticas litúrgicas y de manejo de la creencia entre los seguidores del cristianismo (sea católico o protestante). Dando como resultado del conocimiento de la época un hiper-racionalismo o, por el contrario, un hiper-empirismo. Pero centrando la función del conocimiento en el “beneficio de los seres humanos”, para alcanzar el *dominio* de la naturaleza y de todo lo que en ella existe (incluyendo otros seres humanos).

Todo esto llevó a la sociedad europea a sustentar e impulsar el *Estado Absolutista*, el cual se caracteriza –como lo señala Perry Anderson (1987)³– por la conformación de la estructura moderna de administración; el Derecho que consagra la propiedad privada; la teoría de *laisser faire* en contraposición a la del mercantilismo; el rol del Estado respecto a la acumulación originaria. Lo cual no es otra cosa sino una refeudalización apoyada en el uso de la racionalidad y sustentada en la fuerza militar y económica. Lo cual queda encerrado en la famosa frase de Luis XIV “L’État c’est moi”.

Respecto a la epistemología, es aquí donde se intenta regresar a la estructura de sistemas del conocimiento, es decir, elaborar –apoyados en dos puntos de partida diferentes, pero en sí complementarios– un sistema que permita el más óptimo acercamiento a la realidad y, por ende, a la verdad. Nos referimos al *Racionalismo* y al *Empirismo*. El primero, fundamentado en un método racional (inductivo-deductivo), alcanza su máxima expresión en René Descartes (1596-1659), pero tiene enormes aportes de Baruch Spinoza (1632-1677) y de Gottfried Leibniz (1646-1716), quienes presentan –a través de sus escritos– los siguientes puntos nodales de su sistema:

Principios generales: Conocer es dar razones. El mundo es racional. La realidad de las cosas está en su forma. Las verdades fundamentales lo son por evidencias lógicas y no pueden ser negadas. Las ideas y las verdades son innatas. La forma de alcanzar verdades es a través

3. Véase: Anderson, Perry: *El Estado absolutista*, Siglo XXI, México, 1987.

de la deducción mediante reglas lógicas. El conocimiento es a priori. Modelo de conocimiento: las matemáticas. (...) En la búsqueda de un conocimiento absoluto, el racionalismo pone todo el peso del conocimiento humano en las manos de nuestra razón, como única herramienta con la que la humanidad puede descifrar los secretos del mundo. (...) [Pues] aquello que aprendemos a partir de nuestras sensaciones o nuestros sentidos no son más que ideas confusas y, (...) no válidas. (...) [Porque] la realidad está gobernada por unos principios inteligibles, que pueden ser conocidos y demostrables mediante evidencias igualmente racionales. [Para lograr esto, hay que utilizar métodos deductivos] (...) partiendo de una ley o enunciado universal, se infieren resultados particulares (...). Es por tanto un conocimiento a priori, en el que juegan un papel importante las ideas innatas presentes en nuestra mente. No es extraño que tradicionalmente el racionalismo se haya identificado con la lógica y las matemáticas (Fdez-Blanco, en <http://filco.es/empirismo-racionalismo-experiencia-razon/> (11/07/2020)).

En contraparte, el empirismo se encuentra fundamentado en la experiencia sensible y la observación. Sus representantes más importantes pertenecen a Inglaterra, donde desde la Edad Media, ya había cierta tradición y tendencia a esta línea epistemológica. Aquí podemos hablar de Jhon Locke (1632-1704), George Berkeley (1685-1753) y David Hume (1711-1776). Como sistema epistemológico tiene las siguientes características:

Para conocer es necesario contrastar los datos. El mundo lo captamos por los sentidos. Lo real de las cosas es su materia. Las verdades fundamentales lo son porque se imponen a mis sentidos. Las ideas y verdades se aprenden por la experiencia. La forma de conectar verdades particulares para conseguir leyes generales es la inducción (abstracción, asociación y hábitos de pensamiento). El conocimiento es a posteriori. Modelo de conocimiento: la ciencia experimental. (...), para alcanzar el conocimiento de algo, es necesario, ante todo, observarlo, describirlo y recopilar datos suficientes para hacer predicciones correctas. (...) Cuando nacemos, nuestra mente es una hoja en blanco sin ninguna idea innata y (...) se llena día a día con el simple acto de

vivir. [Por ello] El conocimiento se desarrolla a posteriori, ya que es la propia experiencia la que nos enseña cuáles son las normas que rigen la existencia. Sus orígenes son, por tanto, las impresiones sensibles. [Por medio de la observación, se logra distinguir] (...) agrupaciones por semejanza/contigüidad, causa/efecto, impresiones similares que se repiten en el tiempo, (...) [Así] toma ejemplos particulares y, en función de los resultados, termina por desarrollar una ley general, (...) [es decir, con un] método inductivo. (...) [Aunque,] llevado al extremo, nos sume en el escepticismo. (Fdez-Blanco, en <http://filco.es/empirismo-racionalismo-experiencia-razon/> (11/07/2020)).

Si somos observadores, podemos corroborar que, salvo algunas características, ambos sistemas se complementan, por lo que, lo más sano hubiese sido saltarse la parte nodal: (el responder a la pregunta ¿Cómo conocemos?) y no perderse en discusiones por el ¿qué es primero, la idea o la experiencia? Lo cual hizo retrasar casi dos siglos más la sistematización del conocimiento Occidental, bajo lo que ahora se denomina “conocimiento científico” o “ciencia” y que nos regresa a la diferencia entre *δοχα τεχνη* y *επιστευμη* que hablamos en el capítulo 1, apartado 1.

1.3 La Ilustración (finales Siglo XVII-1820)

Con los avances en la astronomía a través de la demostración del movimiento de los cuerpos celestes y, la eliminación de la idea de que los cielos tienen el manejo del destino de los seres en la tierra –en los espacios académicos y palatinos– se posesiona la idea de que el ser humano ya no necesita de las opiniones de libros envejecidos, mucho menos de las revelaciones *divinas* de las iglesias, como tampoco de las leyes forzosas del Estado, puesto que no hay destino marcado ni escrito de ningún ser humano. ¿Qué ha quedado entonces? El ser humano se rige y gobierna en todo según su recta razón, que ilumina y demuestra (lógica o empíricamente), todo lo que atañe al propio ser humano (su realidad; su existencia y su tiempo).

El humano ilustrado piensa ahistóricamente, su mirada –con un optimismo sin límites– está dirigida hacia el porvenir. Ya no lee los sistemas de largo aliento en una explicación teórica del mundo, sino que busca consejos prácticos para una vida mejor, tal como se le ofrecen en ingeniosos ensayos,

en dramas conmovedores o en breves artículos de enciclopedias⁴. Al ser común la razón para todos los humanos, se inicia una nueva pedagogía, en la que se busca dismantlar los estamentos o clases hasta el momento vigentes, colocando las bases para una *democracia moderna*.

Según Blanning (2002) –apoyado en cifras de la época– entre 1630 y 1790 en Inglaterra se dio una <<revolución en la lectura>>, pues “el número de libros publicados anualmente (...) pasó de seis mil en 1630, veintiún mil en 1710 y así hasta llegar a un total de cincuenta y seis mil hacia la década de 1790” (137). Mientras que en Alemania –señala Watson (2009:807)– se dio un cambio importante en el tipo de publicaciones:

Tabla 5
Publicaciones en Alemania entre 1625 y 1800

Materia	1625	1800
Derecho	7.4%	3.5%
Medicina	7.5%	4.9%
Historia	12%	15.7%
Teología	45.8%	6%
Filosofía	18.8%	39.6%
Belles lettres	5.4%	27.3%

Fuente: Watson, Peter: Ideas. Historia intelectual de la humanidad, Crítica, España, 2009, 807.

En un intento de desarrollo espacio-temporal, podemos dividir a la Ilustración en Ilustración inglesa; Ilustración francesa; e, Ilustración alemana. La primera, con los aportes de Locke, Berkeley, Hume y, principalmente Isaac Newton (1642-1727). La segunda que incorpora las ideas inglesas, trata de unir las al racionalismo cartesiano, las radicaliza en enciclopedias y tratados sociopolítico y literarios (poesía), socavando el *Ancian Regime*, con los aportes de Voltaire (1694-1798); Montesquieu (1689-1755); Condillac (1714-1780); La Mettrie (1709-1751); y, Rousseau (1712-1778). Mientras que la tercera, vinculó estas ideas a la poesía y al sistema racionalista con Kant (1724-1804) y Hegel (1770-1831), así como Goethe (1749-1832);

4. Cualquier similitud con nuestro siglo XXI y las redes sociales, pareciera una mera coincidencia de la crisis epistémica en que se vive.

Hördenlin (1770-1843); Schelling (1775-1854) y Feuerbach (1804-1872). Incorporando la dimensión temporal de la dialéctica a las ideas de Vico (1668-1774) y Herder (1744-1803) respecto de la historia.

Con los datos precedentes de explosión de la lectura y la circunscripción nacional de la Ilustración, podemos corroborar que en este período del pensamiento Occidental surge y se consolida la idea de comunidad como público, en la que las individualidades privadas se unifican para intercambiar información, ideas y críticas, conformando un todo mucho mayor que las partes y desde entonces domina la cultura europea. Aunque en esta época, atomizada en Estados Nacionales (unificados por su territorio, lengua, costumbres) que los contrapone y divide.

En Inglaterra y Francia, la Ilustración se desarrolló hasta tal punto fuera de las universidades, que no hay un ilustrado de renombre que pertenezca al cuerpo docente universitario. La Ilustración alemana, por el contrario, se fundó en la universidad, pero halló pronto tal acogida en la literatura que abandonó el recinto universitario.

Centrándonos en lo referente a la epistemología del período de la Ilustración, hablemos de las dos corrientes que se expresan respecto al conocimiento. Por una parte, la del fundador de la moderna epistemología Jhon Locke y, como contraparte la de Immanuel Kant. Locke se hacía un cuestionamiento relativo al origen del conocimiento: ¿Cómo el humano llega a poseer ideas? ¿De qué fuentes las saca el entendimiento?, y ¿por qué medios y operaciones pueden venir al espíritu?⁵ No hay ideas innatas. El intelecto se asemeja a una hoja de papel en la que se escribe por medio de la percepción sensible.

Locke distingue dos tipos de percepción sensible: La de varios sentidos (donde se perciben los seres del exterior) y, las percepciones de un solo sentido (en las que se perciben sólo cualidades que hay en el intelecto). Estas cualidades son copias de una realidad externa. El conocimiento es la percepción de una conveniencia o de una discordancia entre nuestras ideas —ésta se expresa en un juicio—, es por tanto la percepción de una relación. Mientras que las ideas y todas las operaciones del pensamiento, así como sus productos, las considera sólo como signos.

5. Para quien desee profundizar en estas interrogantes de Locke, debería leer *Ensayo sobre el entendimiento humano* (1689), Traducción de Edmundo O'Goorman, México, FCE, 2012.

Nuestras ideas con la realidad pueden ser de tres clases: i) De identidad; ii) De relación; y, iii) De coexistencia. Mientras que el conocimiento puede ser de dos tipos: i) Inmediato (cuando se tiene la percepción intuitiva) y ii) Mediato (cuando no se capta lo que se quiere conocer, si no es mediante una demostración que conducirá a una percepción intuitiva). El conocimiento es la conveniencia de una existencia actual y real, pues la existencia no es de ninguna manera una idea.

Además, para responderse la pregunta de ¿hay certeza en nuestro conocimiento? Locke distingue tres tipos de certezas: i) Certeza intuitiva por reflexión (está en relación a nuestra existencia); ii) Certeza demostrativa (cuando experimentamos con los seres); y, iii) Certeza de sensación (cuando con nuestros sentidos captamos los seres exteriores a nosotros mismos). Todas las impresiones de placer, dolor que experimentamos, nos vienen por el contacto que tenemos con los seres, a cuyas impresiones debemos nuestras ideas de sensación. Pero también reconoce que todas estas certezas se refieren sólo a nuestro mundo, el cual captamos por los sentidos. De donde se desprende su máxima: “No hay nada en el entendimiento que antes no haya pasado por los sentidos”.

Por su parte, Immanuel Kant respecto a los planteamientos empiristas, se propone responder las siguientes preguntas: ¿Qué puedo saber?, ¿Qué debo hacer?, ¿Qué debo esperar?, consciente de que la respuesta a la primera pregunta será la clave de la lógica que deben seguir las otras dos, para la resolución del problema del conocimiento que considera como el eje central de su sistema epistemológico. Todo este proceso de minucioso análisis se encuentra consignado en tres obras: *Crítica de la Razón Pura*; *Crítica de la Razón Práctica*; y, *Crítica del Juicio*⁶.

Para su análisis se encuentra con el problema de no existir conceptos que expresen correcta y completamente lo que ha encontrado, por ello, crea el concepto de juicio *analítico-sintético*, el cual, no es exclusivamente analítico, ni exclusivamente sintético. Con él deduce –según la lógica– que ninguno de cuantos juicios formulamos es completamente innato, ni completamente adquirido, por lo que hace la distinción de que la forma es el elemento

6. Para quien desee profundizar en el análisis del sistema kantiano, es recomendable que lea estas obras en ese orden, antes que leer los millones de comentarios que hay al respecto de ellas. La mejor traducción al castellano que conocemos hasta el momento es la de editorial Aguilar, España, 1955.

innato, mientras que la materia será el elemento adquirido. Esta reflexión marca la lógica que sigue la división de la *Crítica de la Razón Pura*: Estética trascendental (es un análisis de la sensibilidad); Analítica trascendental (es un análisis del entendimiento); y, Dialéctica trascendental (es un análisis del razonamiento).

Lo que propone Kant es una síntesis y una superación de las dos corrientes dominantes a lo largo de la filosofía moderna: el empirismo de Locke y Hume, y el racionalismo o innatismo de Descartes y Leibniz. Kant piensa que quizá nosotros no conozcamos nunca la realidad en sí, la cosa en sí, lo que él llama noumenon (Savater, 2008).

Los objetos de nuestra experiencia –para Kant– se deben distinguir entre *fenómenos* (los seres como objeto para el sujeto) y *noumenos* (los seres considerados en sí mismos sin relación con un sujeto), siendo los primeros los únicos que pueden ser objeto del conocimiento científico. Por ello, “los presuntos objetos de la metafísica, el alma, el mundo y Dios, no son fenómenos de nuestra experiencia, puesto que no se apoyan en intuición sensible alguna. La metafísica, pues, carece de científicidad, supone un uso inadecuado de la razón, e implica razonamientos sofisticos.” (Savater, 2008)

Pero esta negación de la científicidad de la metafísica especulativa no la elimina a ella, pues las ideas metafísicas son parte de la estructura del pensamiento racional. El cual siempre busca los orígenes de los seres, es decir, el ¿por qué? de todo, insertándonos en una espiral descendente sin fin. Y, al no tener dentro de nuestras capacidades intelectivas como humanos una respuesta que frene a la espiral de preguntas, la racionalidad busca un punto de apoyo inicial, siendo éste –casi siempre– algo inexistente o irreal que se busca consensuar por medio de la demostración como causa inicial. De aquí se desprende la idea de que toda ciencia se fundamenta en presupuestos o como destacará Hans Gadamer, en *prejuicios*.

En la *Crítica de la Razón Práctica* su análisis se encamina a las relaciones entre los humanos y el problema de la bondad y maldad de los mismos, aseverando que el fundamento de la moralidad es algo completamente interior al ser. Siendo su intención –siempre– actuar respetando el deber, por lo que su conducta ya no está ligada o subordinada a fines exteriores. Denominando *imperativo hipotético* a lo que no tiene valor moral, pues

subordina lo mandado a otra condición o fin ulterior. Mientras que el *imperativo categórico*, es el que manda algo de un modo absoluto y tiene lugar dentro del nivel moral. En resumen, el *imperativo categórico* se puede enunciar así: “actúa de tal manera que la máxima de tu acción pueda convertirse en ley universal”, o también, “actúa de tal manera que trates al ser (humano) como fin y no como medio”.

Kant creía que el bienestar de cada individuo debía ser considerado, en sentido estricto, como un fin en sí mismo, y que el mundo había de progresar hacia una sociedad donde la razón «obligaría a todo legislador a crear sus leyes de tal manera que pudieran haber nacido de la voluntad única de un pueblo entero, y a considerar todo sujeto, en la medida en que desea ser un ciudadano, partiendo del principio de si ha estado de acuerdo con esta voluntad» (Savater, 2008).

Desde la perspectiva kantiana, no existe mayor elemento fundamental para la formación de los seres humanos que la educación, la cual hace ser al humano. Constituyéndose la educación en –términos marxistas– la reproductora de las estructuras de la sociedad en que se imparte, lo cual conforma un problema gravísimo para el desarrollo del conocimiento. Lo podemos palpar en nuestros días con el tipo y modo de educación que se imparte en la inmensa mayoría de sociedades, cuyas expectativas se fundan en adaptar al estudiante al mundo actual, sin preocuparse por las proyecciones futuras de cambio en ese mismo mundo.

Para cerrar este apretado apartado del pensamiento de Kant, podemos señalar cinco bases que sustentan su pensamiento moral: i) Toda ética material ha de ser forzosamente ética de bienes y de fines; ii) Toda ética material tiene forzosamente validez inductiva, empírica y *a posteriori*; únicamente la ética formal es *a priori*, con certeza independiente de la experiencia inductiva; iii) Toda ética material es necesariamente ética del éxito, y sólo una ética formal puede reclamar la disposición de ánimo, como primitivos depositarios de los valores bueno y malo; iv) Toda ética material es necesariamente heterónoma, sólo la ética formal puede fundamentar y afianzar la autonomía de la persona; y, v) Toda ética material conduce a la mera legalidad del obrar, y sólo la ética formal puede fundamentar la moralidad del querer.

Los acontecimientos a nivel Occidental que el pensamiento Ilustrado desató dentro de las sociedades existentes, hicieron concebir la utopía del *progreso* fundamentado en la razón. Nos referimos a la destrucción del orden social existente como colonialismo a través de las guerras de independencia de Hispanoamérica (1809-1898), aunado a la destrucción del *Ancien Régime* con la Revolución francesa y la contra-revolución (1789-1880), donde aparecen las Revoluciones Burguesas de 1848 y la unificación italiana con el afianzamiento del Colonialismo decimonónico en África, Medio Oriente y los países asiáticos. Lo cual transformó radicalmente al planeta, volviéndolo algo irreconocible para cualquier humano del siglo XVIII.

Con estos cambios mundiales, el pensamiento de la humanidad también sufrió una revolución en cuanto a sus preocupaciones y objetivos. Se aceleraron los cambios, de tal forma, que la incipiente noción de *progreso* racional, llevó a la humanidad a las catástrofes destructivas del mundo, en los ámbitos ambientales y –lo que es más grave– de convivencia de la humanidad (la Gran Guerra 1914-1918 y la Segunda Guerra Mundial 1939-1945). Haciendo añicos los ideales de la Revolución francesa: *Libertad, Igualdad, Fraternidad*.

Respecto al conocimiento y, por ende, a la epistemología, debido a los avances de la *τεχνη* en la manera de controlar la naturaleza (el maquinismo de la Revolución industrial), así como la búsqueda de fuentes de energía y otras innovaciones que acercaran la utopía del *progreso*, hicieron que la ciencia se dividiese en función de su objeto de estudios en Naturales, Sociales y Humanidades. Mientras que en función de su método en Naturales y Sociales, atomizándose ambas ramas al particularizarse su objeto de estudio.

Por la conjugación de todo esto, el pensamiento europeo Occidental se expandió de manera global, imponiéndose como referente a cualquier intento epistemológico de –en palabras de Wallerstein– “la periferia”. Marcando el conocimiento de la humanidad en una nueva era, conocida por los historiadores como *Contemporánea*.

Tabla 6
Epistemología moderna (siglos XIV – XVIII)

Nombres	Conocimientos	Preguntas o problemas	Respuestas
<p>El Renacimiento (med. XIV-pp. XVII)</p> <p>i) El Humanismo Lorenzo Valla (1407-1457) Marsilio Ficino (1433-1499) Pico della Mirandola (1463-1494) Erasmo de Róterdam (1466-1536) Tomás Moro (1478-1535) Juan Luis Vives (1492-1540) Michel de Montaigne (1533-1592)</p> <p>ii) La teoría Heliocéntrica Nicolás Copérnico (1473-1543) Tycho Brahe (1546-1601) Jhoannes Kepler (1571-1630) Galileo Galilei (1564-1642)</p> <p>iii) La Reforma Protestante Martín Lutero (1483-1546) Ulrico Zuinglio (1484-1531) Juan Calvino (1509-1564) Concilio de Trento (1545-1563)</p> <p>iv) Nueva Teoría del Estado Nicolás Maquiavelo (1469-1527) Tomás Moro (1478-1535) Erasmo de Rotterdam (1466-1536) Jean Bodin (1530-1596) Thomas Hobbes (1588-1679)*</p>	<p>Matemáticos Físicos Geográficos Lógicos y conceptuales Jurídico-civiles Históricos Religiosos (cristianos) Astronomía y astrología Botánicos para prácticas farmacológicas, médicas o químicas Experimentales Exegético-hermenéuticos Lenguas (Latín, Griego, vernáculos) Dialécticos Morales La observación y la experiencia Sistemáticos Político-socio-religiosos Humanístico-antropológicos Crítico-deconstructivos Socioeconómicos</p>	<p><i>¿Qué es el ser humano en el cosmos?</i> <i>¿Cuál es el papel del humano en el Tiempo?</i> <i>¿Se debe educar a todos los humanos?</i> <i>¿Tienen realmente los astros influencia en lo que ocurre a quienes ocupamos la tierra?</i> <i>¿Cuál es el centro del Cosmos?</i> <i>¿Cuál es la voluntad de Dios para los humanos?</i> <i>¿Qué dice realmente el Libro Sagrado?</i> <i>¿Necesitamos intermediarios para comunicarnos con Dios?</i> <i>¿Cuál es verdadero papel de la Iglesia?</i> <i>¿Son humanos los naturales de América?</i> <i>¿El Salvador llegó también para los naturales de América?</i> <i>¿Los humanos son buenos o malos por naturaleza?</i> <i>¿Qué es lo que te da el Poder?</i> <i>¿Para qué sirve el Poder?</i> <i>¿Son válidos los estamentos?</i></p>	<p>Es la creación mayor de Dios Ejercer su libre albedrío inclinado al Bien Es lo único que los hace más humanos Según la Astrología SI; pero según la astronomía NO El sol como lo demuestra la Teoría Heliocéntrica Gobernar el mundo Debemos comportarnos como en lo indica el Libro de los Hechos de los Apóstoles y, para ello no necesitamos intermediarios Seguir las enseñanzas de Cristo Véase el debate de Salamanca entre Sepúlveda y Las Casas en 1545 Son malos según Maquiavelo, por eso se requiere la Ley del Príncipe. Buenos según Erasmo y Moro Dios te lo otorga pero es tu responsabilidad Para dominar el Mundo Es la distribución que existe a semejanza de la celestial La implementación de tecnologías: Imprenta, Brújula, Pólvara, Telescopio, Tinta grasa</p>

Tabla 6
Epistemología moderna (siglos XIV – XVIII)

Nombres	Conocimientos	Preguntas o problemas	Respuestas
<p>El Barroco (también conocido como la Modernidad) (med. XVI-fina. XVII) <i>Racionalismo</i> René Descartes (1596-1659) Baruch Spinoza (1632-1677) Gottfried Leibniz (1646-1716) <i>Empirismo</i> Jhon Locke (1632-1704) George Berkeley (1685-1753) David Hume (1711-1776)</p>	<p>Ibidem Hiper-Racionalismo Hiper-Empirismo Pedagógicos para el aprendizaje del conocimiento Ciencias Naturales o Exactas Ciencias Sociales o Humanísticas</p>	<p><i>¿Cuál es el origen del conocimiento?</i> <i>¿Qué método nos acerca más a la verdad?</i> <i>¿Dónde radica la validez de los conocimientos?</i> <i>Estado Absolutista</i></p>	<p>Inductivo vs Deductivo Las ideas metafísicas vs La experiencia sensible La lógica Racional vs La experimentación La Demostración Racional vs La Demostración Experimental Racionalización del Estado</p>
<p>La Ilustración (denominada también El Siglo de las Luces y, en Alemania: El Idealismo alemán) (ff. XVII-1820) <i>Ilustración inglesa</i> Jhon Locke (1632-1704) George Berkeley (1685-1753) David Hume (1711-1776)** Isaac Newton (1642-1727) <i>Ilustración francesa</i> Voltaire (1694-1798) Montesquieu (1689-1755) Condillac (1714-1780) La Mettrie (1709-1751) Rousseau (1712-1778)</p>	<p>Ibidem Ateísmo incipiente Ahistoricidad del conocimiento Contables y Administrativos La Razón por encima de la Revelación Individualismo Pragmáticos apoyados en la razón Botánicos Incipientemente biológicos Inicio de los Derechos del Ciudadano y Universales</p>	<p><i>¿Cómo el humano llega a poseer ideas?</i> <i>¿De qué fuentes las saca el entendimiento?</i> <i>¿Por qué medios y operaciones pueden venir al espíritu?</i> <i>¿Hay ideas innatas?</i> <i>¿Qué puedo saber?</i> <i>¿Qué debo hacer?</i> <i>¿Qué debo esperar?</i> <i>¿Cuál es la función del ser humano en la tierra?</i> <i>¿Cuál es el objetivo de la razón?</i> <i>¿Cuáles son las leyes del universo?</i></p>	<p>Por su experiencia en la vida De la realidad sensible y su intelecto “No hay nada en la mente que no haya pasado por los sentidos” Esos son engaños de la Metafísica Los Noumenos y los Fenómenos Apegar mis conocimientos al bien Que lo que afirmo conocer sea real Dominar a la tierra a través de su recta razón Descubrir las leyes del Universo Quien las conozca dominará el mundo En los ciudadanos</p>

Tabla 6
Epistemología moderna (siglos XIV – XVIII)

Nombres	Conocimientos	Preguntas o problemas	Respuestas
<p>La Ilustración (denominada también El Siglo de las Luces y, en Alemania: El Idealismo alemán) (ff. XVII-1820)</p> <p><i>Ilustración alemana</i></p> <p>Immanuel Kant (1724-1804) G. F. Hegel (1770-1831) Goethe (1749-1832) Hördenlin (1770-1843) Schelling (1775-1854) L. Feuerbach (1804-1872)</p> <p><i>Revolución de la Historia</i></p> <p>Vico (1668-1774) Herder (1744-1803)</p>	<p>Democrático-modernos</p> <p>Desarrollo de tecnologías</p> <p>El maquinismo</p> <p>Producción en masa</p>	<p><i>¿En dónde radica el Poder?</i></p> <p><i>¿Es fundamental la libertad para ser humano?</i></p> <p><i>¿Quiénes conforman el Estado?</i></p> <p><i>¿Es lineal o de otra manera el tiempo?</i></p> <p><i>¿Qué nos ha enseñado el pasado?</i></p>	<p>Es la condición primordial para ejercer la razón</p> <p>Todos y cada uno de los ciudadanos</p> <p>No necesariamente es lineal, podría ser circular, cíclico, espiral</p> <p>Los errores que nos apartan del Progreso</p>

Elaboración propia 2020

* Hemos colocado aquí a Hobbes, porque constituye el conglomerado de las nuevas Teorías del Estado, aunque pertenece propiamente a la Modernidad.

** Hemos vuelto a insertar aquí a los tres primeros, pues la fuerza de sus ideas alcanza su hegemonía en la Ilustración.

1.4 La Modernidad Contemporánea (ff. Siglo XVIII-1989)

El concepto de *Modernidad Contemporánea* nos deja la impresión de ser una contradicción, pero dentro del desarrollo del conocimiento humano a través de su historia, es el concepto más claro, acuñado en el siglo XIX. Pues, *Modernidad* hace referencia directa a la supremacía de la razón en todas las acciones del ser humano, lo cual es el continente del concepto –desde el siglo XIX– hasta nuestros días, que han sido denominados por los historiadores como época contemporánea.

Estos cerca de dos siglos con inicios inciertos, al igual que su finalización, encierran –quizás– la mayor transformación de la humanidad en un tiempo muy breve. Para el pensamiento Occidental todo este período es el que lo ha constituido en la hegemonía de pensamientos en el Planeta, a tal grado que las divisiones creadas de la ciencia a finales del siglo XVIII siguen vigentes y, con los avances de la tecnología, se han atomizado ambas ramas, en innumerables disciplinas que se clasifican por su objeto de estudio e intentan –de alguna manera, desde el siglo XIX– apearse a la metodología de las ciencias naturales y exactas, para alcanzar la designación (que el propio pensamiento Occidental otorga) de ciencia. Lo que significaría que sus conocimientos son veraces y acertados, al igual que predecibles y repetibles.

Este acelerado cambio en las cuatro primeras décadas del siglo XIX tiene sus raíces en los avances que hubo –silenciosos pero certeros– de la química, la física y la astronomía, durante el siglo XVIII, los cuales fueron aplicados y convertidos en tecnologías que transformaron no sólo la producción, sino también a la sociedad Occidental de la época.

Lavoisier fue quien sintetizó y sistematizó (...) supo apreciar que el descubrimiento del oxígeno, (...) iba a transformar la química al poner patas arriba la teoría del flogisto. Fue él quien dio origen a la química moderna al comprender que ahora era posible (...) crear una disciplina más amplia y sistemática. Comprendió (...), que los compuestos químicos eran básicamente de tres tipos: aquellos compuestos por oxígeno y un no metal, los ácidos; aquellos compuestos por oxígeno y metales, las bases; y aquellos que combinaban ácidos y bases, las sales. Con ello (...) introdujo la terminología para los compuestos

químicos que todavía usamos: carbonato de potasio, acetato de plomo, etc. Esto consiguió llevar a la química a un nivel (...) que la puso por fin a la par de la física. (...) El estudio de los gases también condujo a la formulación de la teoría atómica de John Dalton (1766-1844) (Watson, 2009: 885).

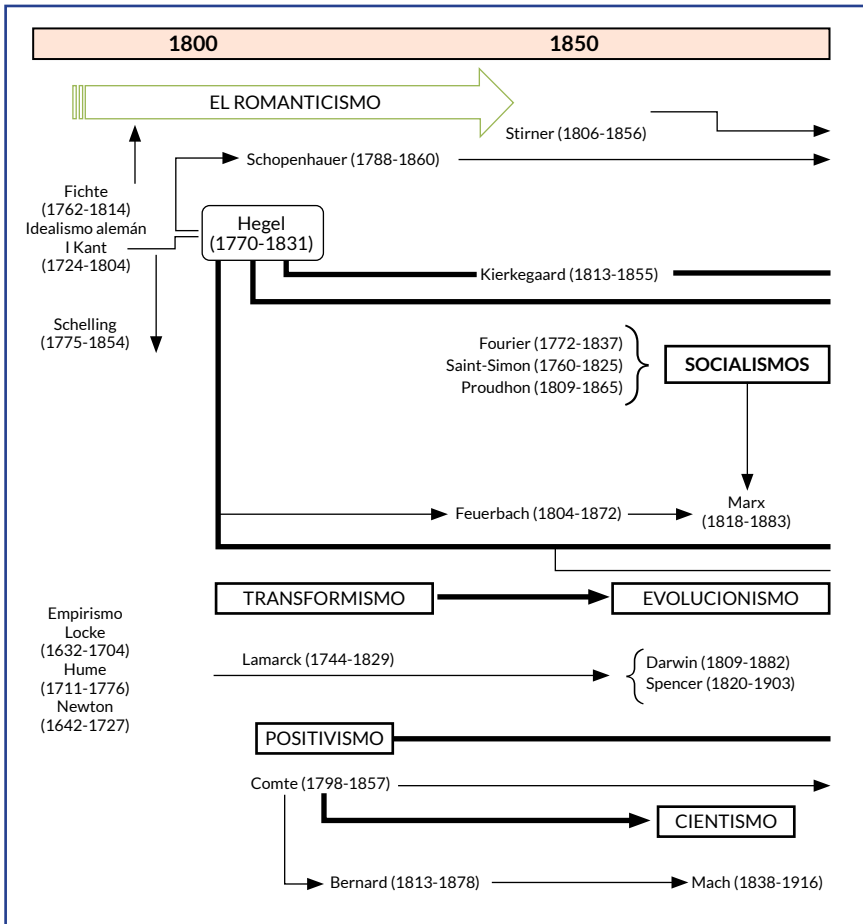
Todos estos avances en las ciencias naturales incitaron a realizar los primeros intentos de aplicar sus métodos y enfoques a las ciencias sociales y al estudio de los humanos. Tales tentativas no tuvieron un éxito completo, pero tampoco fueron un fracaso total. Se trata de un problema que –en gran medida– continúa estando vigente hasta nuestros días.

Por un lado, lo que podríamos denominar las ciencias <<duras>> –la física, la química, la biología– han continuado realizando enormes progresos. Por otro, las ciencias <<blandas>> –la psicología, la sociología, la economía, [el derecho, la historia]– nunca han logrado consolidar un consenso o alcanzar un proceso de predicción similares, y tampoco han dado lugar a tecnologías tan eficientes en el ámbito de los asuntos humanos como las que, en sus propios campos, han desarrollado, por ejemplo, la física nuclear, la física del estado sólido, la química orgánica y la ingeniería genética. Hoy, dos siglos después del fin de la Ilustración, todavía seguimos sin estar seguros de cuáles son las leyes de la naturaleza humana o, incluso, si tales leyes son de la misma clase que las que descubren las ciencias <<duras>> (Watson, 2009:871).

Ante todo, lo anterior, es menester enfocarnos en una división coherente del tiempo transcurrido de esto que denominamos *modernidad contemporánea*. Para ello, consideramos pertinente, seguir un tiempo lineal de los procesos acontecidos –en relación solamente con el proceso del conocimiento y su manifestación en las disciplinas de estudio– en estos casi dos siglos. El período decimonónico lo partiremos en dos espacios de cincuenta años (1800-1850-1900); mientras que el siglo XX, por la explosión del pensamiento y su aceleración en la transmisión del mismo, lo subdividiremos en lapsos de 20 años (1900-1920-1940-1960-1980), colocando la última veintena dentro de lo que se conoce como *Postmodernidad*.

Debemos acotar como preámbulo a 1800, los aportes de Kant, Fichte y Shelling por un lado, mientras que por el otro, a Locke, Hume, Newton. Pues tanto en las ciencias <<blandas>> los primeros, como en las ciencias <<duras>> los segundos, son los hilos conectores de los desarrollos epistemológicos de la modernidad contemporánea.

Figura 4. Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1800-1850)



Elaboración propia 2020

Como podemos observar en la Figura 4, en la primera mitad del siglo XIX el gran impulso que dio el pensamiento de Kant, catapultó a la implementación de la dialéctica como método fuerte de la epistemología en los espacios que intentan explicar el comportamiento del ser humano. Pero a la vez, en ese mismo intento, se busca aplicar la metodología empirista a través del positivismo de Comte. Mientras Fichte se inclina por profundizar en la metafísica vinculada a la actividad humana, Schelling une las ideas kantianas con los avances de Lavoisier en el descubrimiento del oxígeno y “si propone di vedere quale conseguenza (...) non soltanto relativamente alla chimica, ma per l’intero dominio della vita vegetale e animale, alla quale l’ossigeno e indispensabile” (Abbagnano, 1999:81)⁷.

Por su parte Hegel plantea un sistema apoyado en la dialéctica como motor explicativo de los cambios, pero aún con una fuerte carga metafísica. Todo esto impulsó una dura reacción, sustentando el principio de conocimiento y de todos los seres en la materia, de donde se derivan las dos vertientes epistemológicas del siglo decimonónico: *Idealismo* versus *Materialismo*. Este enfrentamiento dio origen a varias líneas epistemológicas de acuerdo a su objeto de estudio.

Unas ocupadas en el ser humano y sus relaciones (Schopenhauer (el problema de vivir y la muerte); Kierkegaard (la razón de la existencia y del yo)), cuestiones muy propias del ser y quehacer humanos. Fourier, Saint-Simón y Proudhon (el problema desatado por la Revolución francesa e industrial, en las sociedades europeas), desde la perspectiva de transformar el Estado a través de una distribución estamentaria por la Ley. Mientras que Feuerbach, que busca una solución racional a este problema, trata de que la igualdad surja desde la consciencia del individuo. Y, Marx, presenta un análisis sistemático de la economía y hace énfasis en la abolición de la propiedad privada y en la lucha de contrarios (materialismo dialéctico), para lograr el equilibrio y la igualdad social. Por su parte Stirner, aboga con argumentos racionales sobre el anarquismo.

Pero la respuesta materialista más contundente, apoyada en las ideas de la *filosofía de la vida* de Schelling, la cual es la reflexión que se sustenta en

7. “se propone hallar la verdadera consecuencia (...) no solamente relativa a la química, sino por el entero dominio de la vida vegetal y animal, a la cual el oxígeno es indispensable”. Traducción propia.

los avances espectaculares del empirismo, aplicados a la física, la química y la biología, es el *Positivismo*. El cual no sólo hace uso riguroso del método empirista, sino que busca descubrir las leyes que rigen a la sociedad y al ser humano. Con el optimismo del *Transformismo* de Lamarck y la aceptación sin reservas del *Evolucionismo* de Darwin y Spencer. El primero –el transformismo– fruto de la observación rigurosa de los cambios en la materia y en los seres vivos, mientras que el segundo –el Evolucionismo– proyectando hacia el futuro la adaptación de los seres al clima y al espacio que los rodea.

Pero, ¿cuáles son puntualmente las propuestas del *positivismo*? Comte afirma que una ciencia es positiva cuando se abstrae de toda especulación sobre la cosa en sí metafísica, se limita a la exacta observación de los fenómenos visibles y trata de reducir los resultados de esta observación a leyes generales. El conocimiento no debe especular, sino ordenar los resultados de la ciencia natural; no sólo debe explicar lo pasado sino predecir el futuro. Por eso hay que “saber para prever”. De esta forma Comte va más allá que el empirismo: éste quería sólo observar, Comte quiere hallar leyes; el empirismo es científicamente pesimista (es sólo espectador), el positivismo es optimista (se considera formador).

Dentro de esa idea de *formador* el positivismo de Comte plantea su tan conocida teoría de los tres estadios o eras (teológica, metafísica, positiva): En la era *teológica* la humanidad lo explicaba todo por muchos dioses y demonios, hasta que del politeísmo surgió el monoteísmo. En la era *metafísica* la humanidad sustituyó los dioses por disposiciones, fuerzas, almas, que suponían operar los fenómenos visibles. En la era *positiva*, la humanidad –a través de la ciencia– se limita a observar los fenómenos y ordenarlos bajo leyes universales. Por ello, el orden de valor de todas las ciencias es el siguiente: matemática, astronomía, física, química, biología, psicología, sociología. Siendo esta última la ciencia suprema, para la que existen todas las demás, porque es la que se ocupa de la estructura y evolución de la sociedad. Con estas ideas del quehacer epistémico de la humanidad unidas a la revisión de la historia reciente (siglos XVI-XVIII), varias ciencias <<blandas>> intentaron imitarlas y aplicarlas dentro de sus explicaciones, destacándose la economía y sus repercusiones en la existencia de la humanidad. “Para Marx, no había una esencia abstracta del hombre: en lugar de ello, el ser del hombre surge de su situación material, de sus relaciones con otros seres

significativos para su vida y de las fuerzas económicas, sociales y políticas que lo determinan” (Watson, 2009:900).

Para ello, se reformula la teoría de las eras o estadios, pero a partir de los modos de producción, tomando como referentes la forma de generar riqueza, así como los elementos que intervienen en las relaciones laborales (propiedad privada, mano de obra, mercancías, remuneraciones y demás). Así tenemos que, el primer estadio será el esclavismo, el cual evolucionó al feudalismo y, con el paso de los siglos, se hizo necesario la transformación a una era mercantilista (la cual hizo posible la acumulación originaria de capital); evolucionando hacia el capitalismo (la era del siglo XIX). “Esta teoría va más allá de la economía, más allá de la sociología, más allá de la política incluso, recubierta de un aura de cientificidad post-ilustrada que ofrecía (...) una comprensión totalizadora de los asuntos humanos en una época en que la decadencia de la religión era evidente” (Watson, 2009:901).

Como escribe Watson va más allá de la sociología, pues proyecta –o predice– la evolución del capitalismo hacia una nueva era: el socialismo o el logro real de los estandartes de la Revolución francesa “*libertad, igualdad, fraternidad*”.

No es, en realidad, una exageración afirmar que durante casi cien años, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuando las teorías económicas de largo período de la escuela clásica y marxista habían sido ya formuladas, no se produjo ningún trabajo teórico importante sobre este campo, salvo las diversas tentativas de revisar la teoría marxista a la luz de los acontecimientos sucesivos. (Hobsbawm, 1985:92).

Con este impulso del *positivismo* aunado al *evolucionismo* y los intentos de las ciencias <blandas> por alcanzar la “cientificidad”, hicieron que todas estas disciplinas del conocimiento, desviaran sus líneas epistemológicas hacia el logro del denominado *cientismo*. Es decir, constituirse como una disciplina que cumple la totalidad de los criterios positivistas, para ser denominada ciencia y, en caso de no alcanzarlos, descartarse como conocimiento humano y formar parte de las denominadas “pseudociencias” o disciplinas auxiliares de la ciencia.

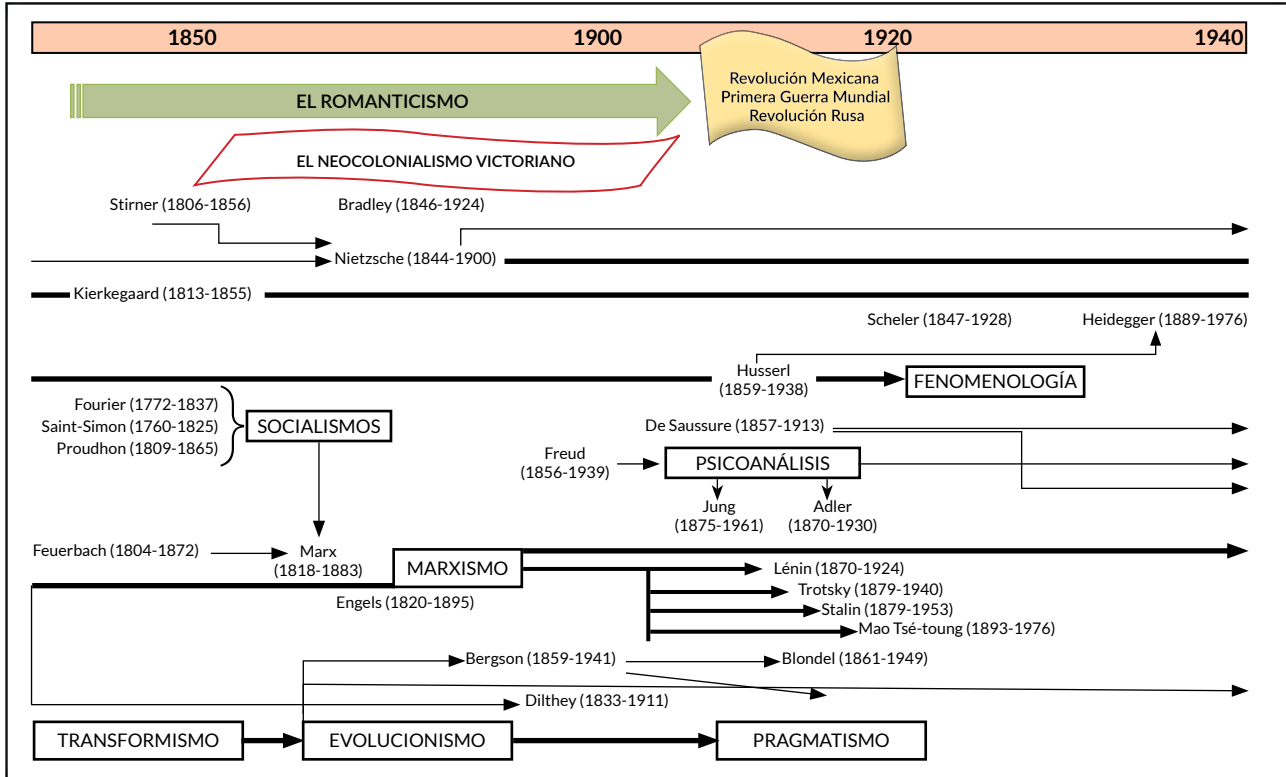
Este *cientismo* intenta la universalidad (y uniformidad) de lo que se denomine conocimiento, ocasionando la desaparición u ocultamiento de

todas aquellas epistemologías surgidas de las sociedades no occidentales o hegemónicas. Esto hace que el denominado “conocimiento científico” sea considerado un instrumento del poder y autorice –convenientemente a quien ostenta el poder– para la apropiación, transformación (léase destrucción) de todos los seres que conformamos el planeta y, no sólo el planeta, sino el universo.

En la segunda mitad del siglo XIX y las primeras cuatro décadas del siglo XX, con la aplicación de innovaciones tecnológicas propiciadas por la transformación de la economía y de la sociedad Occidental (Revolución Industrial y las relaciones de trabajo; Revolución y contra-revolución francesa que disolvieron el *Ancian Régime*, Independencia de todas las colonias españolas en América; Neocolonialismo y Colonialismo tradicional en África, Medio Oriente y Asia, principalmente por Inglaterra, Bélgica, Francia y Holanda, la Revolución Mexicana y la Revolución Rusa; el nacimiento del fascismo italiano, español, alemán; el expansionismo japonés), hicieron que se agudizaran las diferencias entre <<ciencias duras>> y <<ciencias blandas>>, principalmente entre los puntos de partida de ellas: *Idealismo VS Materialismo*.

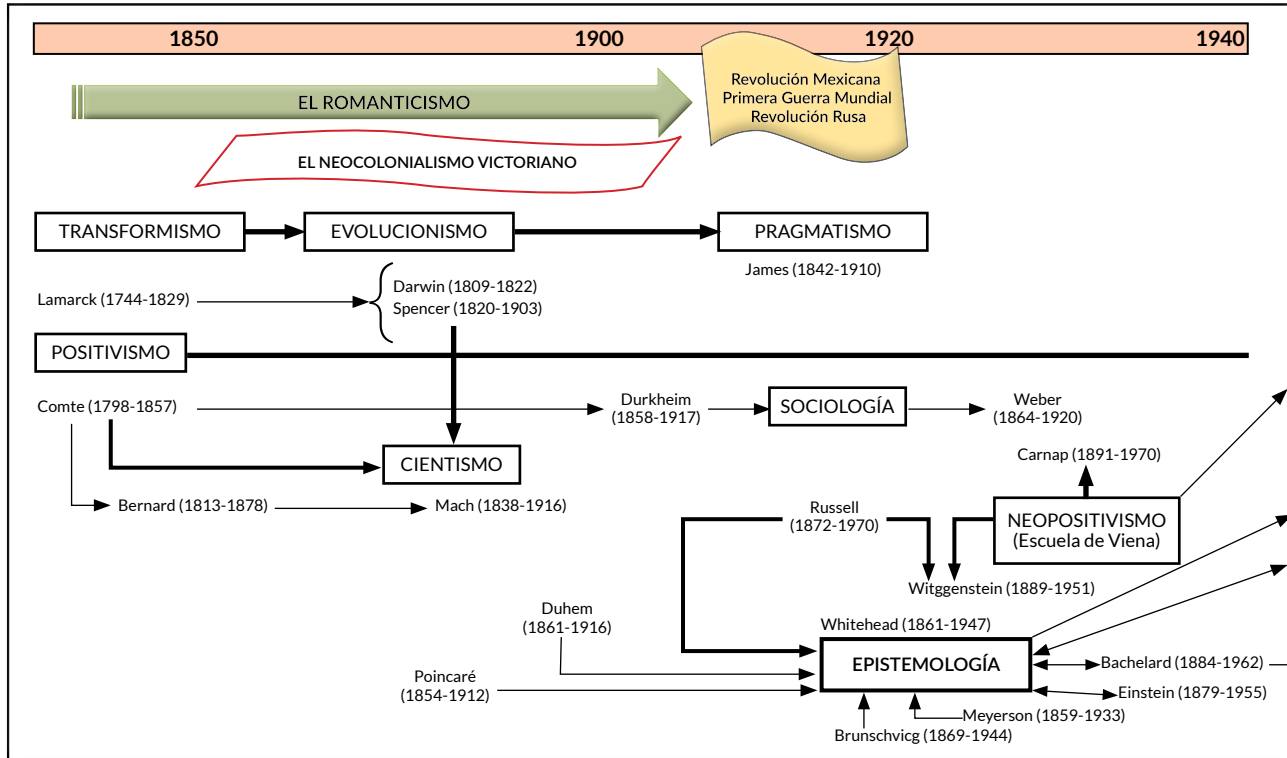
Dentro de las ciencias blandas se distancia aún más la percepción de la humanidad en su individualidad y su estatus comunitario (social). En el primero, el existencialismo pesimista de Schopenhauer se radicaliza con las reflexiones –producto de sus vivencias– de Nietzsche, vinculadas al anarquismo de Bradley, constituyéndose, por decirlo de alguna manera, en la conciencia de hartazgo de la racionalidad instrumental que impera en la Europa de la época. Por su parte, siguiendo las reflexiones de Kierkegaard (que tienen cierta mística religiosa), después de experimentar el desastre de la *Gran Guerra* (1914-1918) a la que llevó el Neocolonialismo Victoriano, entre 1915 y 1928 Scheler insiste en la reconstrucción de los valores del ser humano, apuntando a un existencialismo un poco más optimista. Pero quienes profundizan más el distanciamiento interno de las ciencias sociales son los aportes epistémicos de Husserl con la *Fenomenología* (conciencia de la existencia), que desarrollará un método (la reducción fenomenológica), en palabras de Husserl: “volver al principio”. En cuanto al lenguaje, de Saussure retoma y desarrolla los planteamientos de Ockham de finales del Medioevo, para intentar explicar lo que está ocurriendo con el único instrumento humano que nos permite externar nuestra conciencia de la existencia

Figura 5A. Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1850-1940)*



* Hemos insertado esas dos llamadas tipo bandera, que no corresponden a procesos cognitivos sino a procesos socio-políticos, que transformaron el mundo y ya no sólo en el Occidente, sino en su totalidad, influyendo drásticamente en los procesos epistemológicos subsecuentes.

Figura 5B. Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1850-1940)*



Elaboración propia 2020

* Hemos tenido que dividir el gráfico debido a la extensión del mismo.

(fenomenológica) y nuestra conciencia psicológica. Mientras que Freud a través del *Psicoanálisis* (método de conocimiento del *yo*), nos muestra otra dimensión del ser humano que la racionalidad decimonónica, en ese afán materialista, ha dejado de lado.

Tanto Adler como Jung profundizarán en el *Psicoanálisis*, demostrando que mucho de lo que nos ocurre como humanos es producto de la ignorancia de nuestro propio yo. Y, uniendo la *fenomenología* y el *psicoanálisis*, Heidegger nos entrega una *Ontología* del ser a través de su obra *El Ser y el Tiempo* en 1927, donde nos presenta su fórmula: <<El hombre es Tiempo>>.

Cuando la humanidad se ve agobiada por una nueva distribución de fuerzas en el mundo; cuando se dan indicios del crack económico de ese capitalismo decimonónico y, el hombre se encuentra ante las fuerzas externas sólo y sin una razón para creer en utopías. En Europa –la Europa destruida por la primera guerra– la reconstrucción se hace penosa y las únicas vías políticas disponibles como alternativas socialmente son el anarquismo, el fascismo y/o el comunismo, éstos dos últimos, como sistemas con el mismo común denominador: orden y dictadura. Dentro de esta maraña, al hombre no se lo concibe ontológicamente, sino que sólo se le analiza hasta el estatus de persona, individuo, ciudadano; conceptos socio-político-psicológicos que no responden a la perenne pregunta de la filosofía: ¿qué es el SER?, es decir, no llegan al fondo, al preguntarse por el SER del hombre y del mundo que parece desmoronarse a su alrededor. (...) [Por ello,] en sus lecciones de Friburgo incluirá el concepto de <<facticidad>> de la vida. (Sánchez, 2000:21)

En cuanto al estatus comunitario (social), con el análisis económico de Marx a la sociedad del siglo XIX (Inglaterra), y los aportes de Engels (Materialismo dialéctico), se abre paso dentro de la epistemología el *Marxismo*, como teoría del Estado –en primera instancia– y, como fuente ineludible de las epistemologías sociales del siglo XX y las dos décadas de este siglo XXI. Spengler le incluirá coherencia, no sólo al ámbito económico, sino principalmente a todo lo que atañe con la vida social del ser humano (Historia, Lenguaje, Antropología, Sociología, Derecho, Existencia). Y, quienes intentan aplicar la *utopía* inmersa en el marxismo de la denominada

“dictadura del proletariado” desde 1920, hasta nuestros días, son: Lenin, Trotsky Stalin en la Rusia soviética y su exportación a todo el planeta. Otra variante es la de Mao Tsé-toung en China.

Ambas líneas de las ciencias blandas, crean nuevas metodologías de análisis y de sistematización de los conocimientos, al igual que innumerables conceptos que aclaran y acercan al pensamiento de la humanidad a mundos desconocidos o soslayados del papel del ser humano en el cosmos. Intentando “descosificar” a la humanidad y a lo humano de los análisis positivistas propios del *Cientismo*, emanado del *Positivismo* y *Neopositivismo*, que se atribuye la hegemonía epistemológica en la Ciencia por sus avances técnicos.

Como podemos apreciar en la Figura 5A, en este período hay también intentos por mantener el equilibrio y/o la unidad entre *Idealismo* y *Empirismo*, como son los aportes de Bergson y Blondel (tomando los conocimientos extraídos del *Evolucionismo* y el *Vitalismo*, aplicándolos a la conciencia, a la memoria y a la risa, como expresiones eminentemente humanas e imposibles de explicar por el *cientismo*). Por su parte, Dilthey siguiendo los aportes de Schelling y Hegel, profundiza la necesidad del horizonte de la historia para todo el quehacer y conocimiento humanos. Pues para él la historia es el marco de la memoria de las experiencias que ponen en contexto a los conocimientos subjetivos (Derecho, Arte, Religión) que solamente los humanos podemos producir. En el ámbito de las ciencias <<duras>> apoyadas en el empirismo y el materialismo, así como en las matemáticas y la aplicación de tecnologías (la estadística; el microscopio; la electricidad; la fotografía; los fármacos extraídos de las plantas; los motores de combustión interna; y otros más), hicieron posible la utopía del progreso sin límites al igual que la *infinitud del conocimiento humano*. En sus intentos por explicar coherentemente todos estos avances, nacieron y se posesionaron dos teorías muy fuertes: El *evolucionismo* y El *Pragmatismo*. Cimentando la idea del dominio de la naturaleza por encima de cualquier especulación racional, es decir, todo es material y se rige por leyes que debemos descubrir a través de la observación y el ensayo y error.

Si Darwin y Spencer dedujeron de sus observaciones que todos los seres vivos han evolucionado con el paso del tiempo, adaptándose a los entornos naturales que los rodean, destacándose en esta carrera de adaptación el ser humano al desarrollar la inteligencia, James por su parte, intenta eliminar

por completo cualquier metafísica y sus interminables discusiones epistemológicas, a través de lo que él denomina *Pragmatismo*. El cual es una aplicación de las experiencias de la vida a las circunstancias que le ha tocado vivir a cada ser humano. No es un método, pero sí una técnica que todos podemos aplicar para evolucionar y ser los más aptos para sobrevivir. Con los planteamientos del *positivismo* de Comte, Bernard y Mach, Durkheim hace realidad la *Sociología* como disciplina académica, pues señala como objeto de estudio de ella a las instituciones y su meta el descubrir hechos sociales estructurales. Para ello promovió el realismo epistemológico y el método hipotético-deductivo, con lo cual no solamente amplió las perspectivas de la sociología, sino que apuntaló el *Evolucionismo* como partida preponderante de la *antropología* (la cual se expandió en tiempos de la postguerra 1945-1960). El otro gran impulsor de la sociología y la economía desviándose de la línea positivista fue Max Weber. A través de su trabajo más conocido *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (1905), en el que aplica el método de Durkheim y el realismo-epistemológico, haciendo resaltar el impacto de la religión y la cultura sobre los sistemas económicos, se convierte en una respuesta a los determinismos económicos del marxismo.

Como podemos observar en la Figura 5B hay una línea del Positivismo que se proyecta más allá de 1940, dentro de la epistemología empirista y, a su vez, se encuentran apartados los recuadros del *Neopositivismo* y la *Epistemología*, saliendo varias líneas más allá del corte de 1940. Aunque conocemos que existen conectores entre el *Positivismo*, el *Cientismo*, con esos recuadros, hemos considerado importante dejarlos aparte, porque es precisamente en este período y con estos pensadores, que se determinan los lineamientos de lo que en el mundo contemporáneo se define y acepta como *epistemología* o *Filosofía de la Ciencia* y que busca especificar lo que se debe denominar como conocimiento científico.

Duhem –influenciado en gran medida por Ernest Mach– en su idea de lo que debe hacer la física y la química como ciencias, no es otra cosa que lograr la expresión de los hechos de la manera más simple y económica. Retoma a la vez de Dilthey su pasión por la historia y es considerado el primer medievalista riguroso y científico. De igual forma, Poincaré a través de la matemática y las herramientas propias de esta disciplina (Estadística y Cálculo), las establece como lenguaje de la ciencia, convirtiendo al conocimiento en algo medible y cuantificable, lo que abrirá la puerta a la

base de las teorías sobre el universo. Tanto Duhem como Poincaré son precursores de la creación de la *Epistemología* como *Filosofía de la Ciencia*, pero a la vez, Bertrand Russell con su método analítico y sus estudiantes Whitehead (Teoría de los procesos, donde se plantea que la materia no está atomizada, sino que es un conjunto de procesos, por lo que hay que estudiar la relación entre procesos) y, Wittgenstein (con su *Positivismo lógico* que se afana en unir el empirismo con la lógica, sustento cardinal del *Neopositivismo* o *Escuela de Viena*), contribuyen a la conformación del objeto de la epistemología como filosofía de la ciencia. Además, Rudolf Carnap, físico de formación, es la conexión precisa en términos empiristas de la conceptualización fenomenológica de Husserl.

Por su parte, Meyerson (realismo epistemológico), a partir de la química, contribuye a las glosas necesarias para evitar la relatividad epistemológica, pues para él la *Teoría de la Relatividad* de Einstein, es sólo otra forma de la identificación de la materia en el espacio. Mientras que León Brunschvicg con su *Idealismo Crítico*, sustentan la universalidad de la filosofía de la ciencia como la única línea para alcanzar el conocimiento en todo lo relacionado con éste, pues:

El estudio de la actividad intelectual, (...), es entonces un estudio del juicio, pero a condición de no entender el juicio como una operación particular dentro de la serie de las operaciones lógicas; el juicio es el acto completo de la actividad intelectual, y el acto único; no hay un más acá del juicio que sería el concepto, ni un más allá del juicio que sería el razonamiento. En https://es.wikipedia.org/wiki/L%C3%A9on_Brunschvicg (10/08/2020).

Entre los años 1935 y 1945 el mundo europeo inicialmente y, paulatinamente todo el planeta, sufren los impactos del afianzamiento del Fascismo, del Comunismo Stalinista, del imperialismo japonés y el neocolonialismo estadounidense, que propiciarán la gran catástrofe de la segunda guerra mundial, que en palabras de Zygmunt Bauman (2017) –citando a Walter Benjamin– afirma:

El rostro del Ángel de la Historia está vuelto hacia el pasado. Donde nosotros percibimos una cadena de hechos, él ve una catástrofe única

que no cesa de amontonar escombros que aquella va arrojando a sus pies. Al Ángel le gustaría quedarse, despertar a los muertos y recomponer lo que ha quedado reducido a pedazos. (...) Es el huracán que nosotros llamamos progreso. (11)

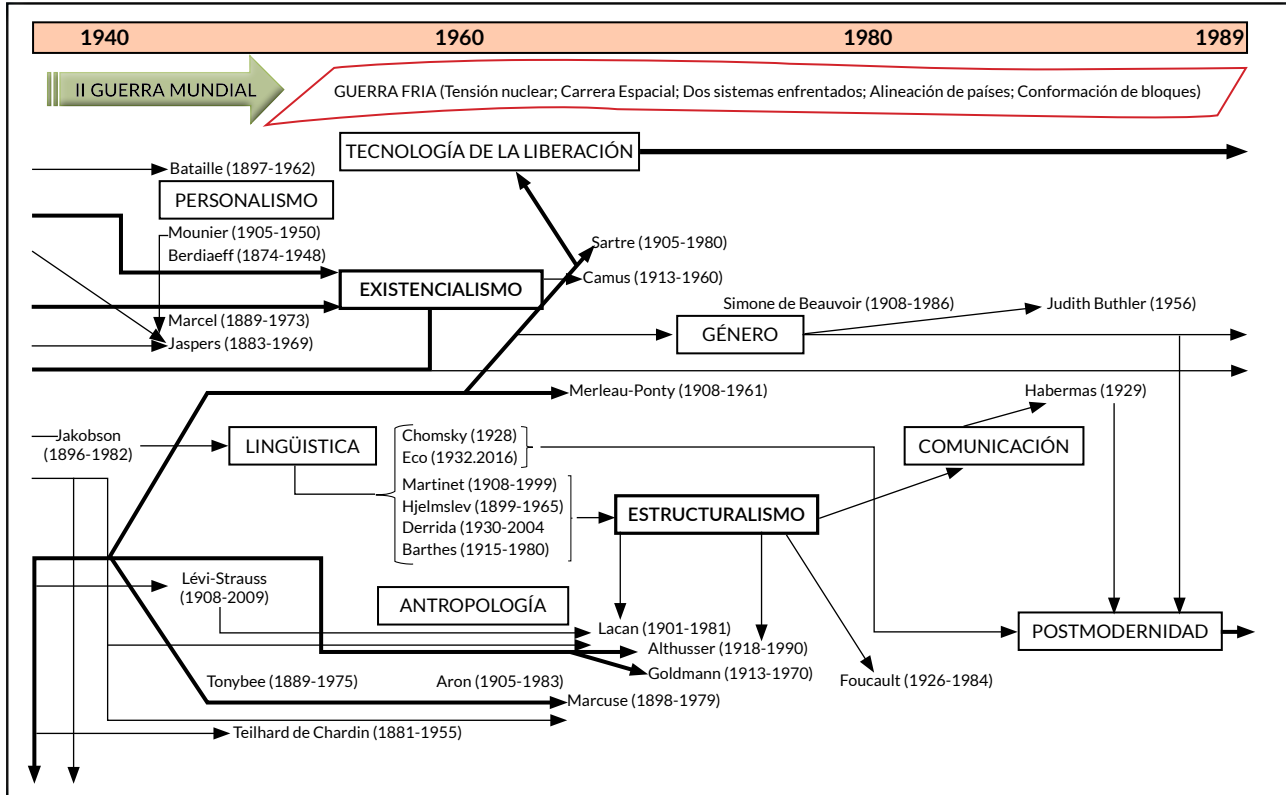
El mejor ejemplo de la *Modernidad* en su máxima expresión –con racionalidad y eficacia como lo afirma Bauman (2010)– encaja en la definición de administración que hizo Weber:

En la administración estrictamente burocrática, los siguientes aspectos alcanzan el punto óptimo: precisión, rapidez, falta de ambigüedad, conocimiento de los expedientes, continuidad, discreción, unidad, estricta subordinación y reducción de las fricciones y de los costos materiales y de personal. La burocratización ofrece sobre todo una posibilidad óptima para poner en práctica el principio de la especialización de las funciones administrativas siguiendo consideraciones puramente objetivas (...). El cumplimiento “objetivo” de las tareas significa ante todo que las tareas se llevan a cabo según unas normas calculables y ‘sin tener en cuenta a las personas’ (35-36).

Administración que se alcanzó durante el *Holocausto* y que no sólo Bauman, sino la gran mayoría de estudiosos de la catástrofe ocasionada por la Segunda Guerra Mundial, aceptan como explicación de lo ocurrido y que sigue ocurriendo en todos los conflictos de la *guerra fría*, hasta nuestros días. Por ello, “el mito etiológico más arraigado en la conciencia que de sí misma tiene la sociedad occidental es la historia moralmente edificante de la humanidad surgiendo de la barbarie pre-social” (Bauman. 2010:33).

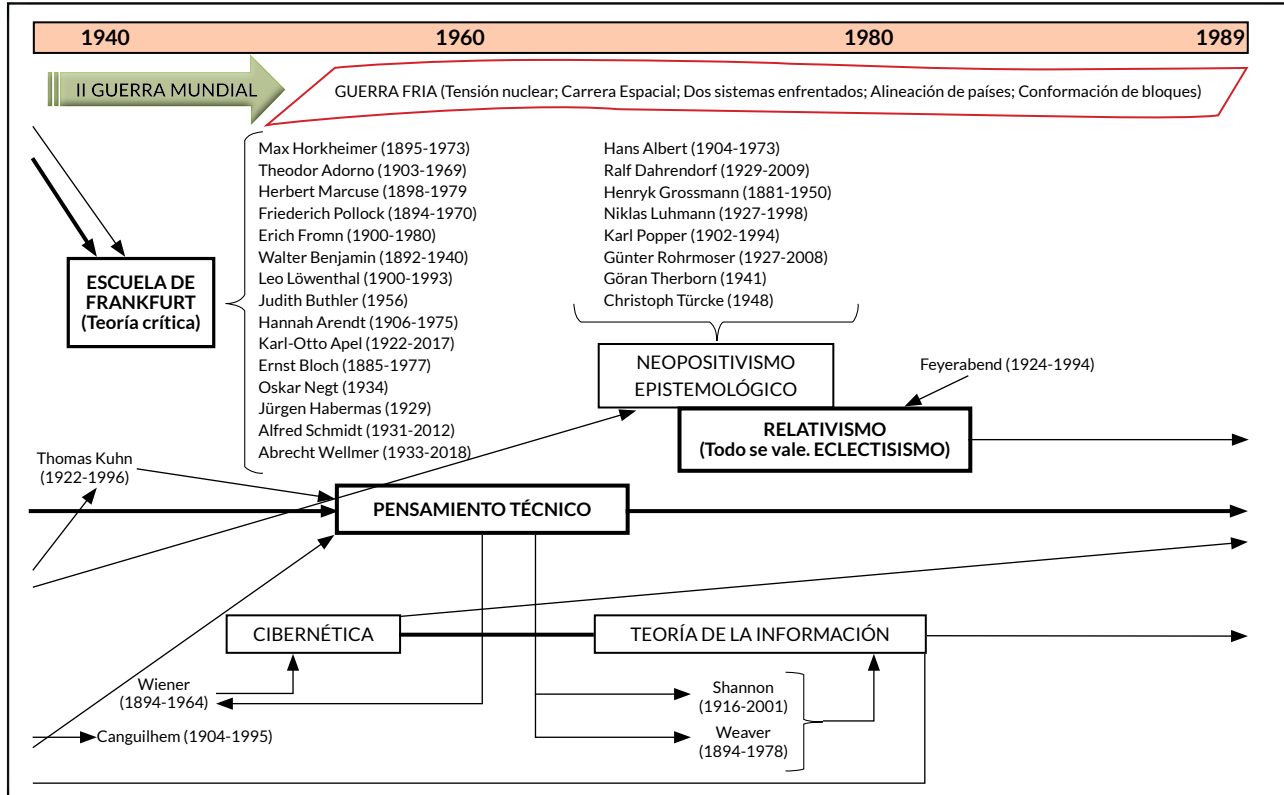
Es duro aceptarlo, pero el Holocausto “no fue un arranque irracional de aquellos residuos-todavía-no-erradicados de la barbarie pre-moderna. Fue un inquilino legítimo de la casa de la modernidad; un inquilino que no se habría sentido cómodo en ningún otro edificio” (Bauman, 2010:39). Al conocerse con mayor detalle lo ocurrido en los campos de concentración (nazis, comunistas o cárceles de guerra (Guantánamo, Chile, Abu-Ghraib, por nombrar algunas)), aunado a las vivencias propias de la ciudadanía europea de la tercera y cuarta década del siglo XX, el impacto al pensamiento epistemológico hizo algo más común la idea del absurdo de la existencia, a

Figura 6A. Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1940-1989)



Elaboración propia 2020

Figura 6B. Corrientes del Pensamiento Moderno Contemporáneo (1940-1989)



Elaboración propia 2020

través del *Existencialismo*⁸. Una resultante del existencialismo y de la *Teoría Crítica* es la perspectiva de *Género* (Simone de Beauvoir, Judith Butler).

Como podemos observar en las Figuras 6A y 6B, la corriente dominante de la postguerra en el ámbito de las ciencias sociales y humanidades será el marxismo. Pero es un marxismo evolucionado, capaz de enriquecerse con otras disciplinas y métodos complementarios, lo que lo llevan a ramificarse en tres grandes vertientes: Existencialismo-Fenomenológico (Marcel, Jaspers, Heidegger, Sartre); Lingüístico-Antropológico-Estructuralista (Martinet, Hjelmslev, Derrida, Barthes, Levi-Strauss, Lacan, Althusser, Goldmann, Foucault); y, Psicoanálisis-Fenomenología-Positivismo (Teoría Crítica, Escuela de Frankfurt) que impulsa los estudios multidisciplinares. Y, a la vez, esta ramificación del marxismo, dio origen a la Teología de la Liberación, como resultado de la Filosofía de la Liberación que se ha gestado en Latinoamérica.

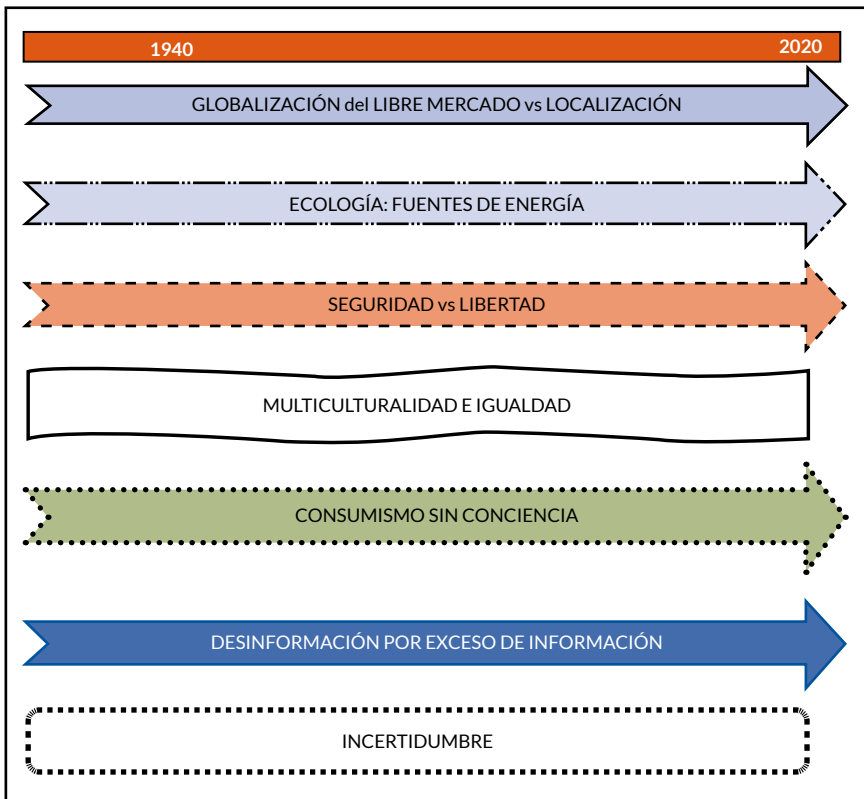
Si bien Thomas Kuhn desde los años sesenta del siglo XX define el problema del conocimiento como “paradigmas” (explicaciones que funcionan para un cierto tipo de problemas y se agotan), con la intención de que la *epistemología* buscarse los límites de esos paradigmas y, de esta manera, intente superarlos, a través de otros que se deriven de ellos. Esto, unido a la cerrazón por la denominada “comunidad científica” Occidental, que se autonombró “árbitro” de toda nueva reflexión, explicación y demostración, aupado además en la atomización disciplinar que propició el *Positivismo*, llevó a una corriente de *Relativismo* en casi todo el pensamiento social. “El todo se vale” de Feyerabend y el avance de la *incertidumbre* de la existencia, colocan a la epistemología en el paradigma que se encuentra en este siglo XXI: *La Postmodernidad*.

Por otra parte, el Neopositivismo y los avances en las ciencias duras (química, física, matemáticas), así como su atomización a través de la especialización en ramas cada vez más pequeñas y precisas, con el acoplamiento de herramientas tecnológicas, cada vez más sofisticadas, hizo de la epistemología una cuestión de dos vías: 1. Un lenguaje técnico (sólo para iniciados); 2. Una implantación de la $\tau\epsilon\chi\nu\eta$ como praxis, que a la larga se ha convertido en una *habilidad*, tanto de la cibernética, como de la información.

8. Si existe algún interés por profundizar en esto, les recomendamos los textos de Camús (1947) y Sartre (1954), citados en la bibliografía.

En lo que respecta a los saltos agigantados que la humanidad ha realizado después de la Segunda Guerra Mundial en la creación de tecnología, tanto para su propia destrucción (armas nucleares, biológicas, psicológicas y demás), como para su prolongación de la existencia humana (medicinas, alimentos fortificados, artefactos caseros para facilitar el trabajo doméstico, sistemas de comunicación y demás). Todos ellos han seguido el decimonónico principio del *Positivismo*: “progreso”. Todo ello ha acelerado cualquier proceso de la existencia de los seres humanos, sumiéndolos en la inconciencia de las implicaciones destructivas del planeta.

Figura 7. Problemas del Pensamiento Contemporáneo (1990-2020)



Elaboración propia 2020

Aunque parezca una tautología, la *Postmodernidad* es –en su génesis– la superación del racionalismo-técnico, a través de un proceso holístico del ser humano que no solamente sea antropocéntrico y mucho menos occidentalizado, sino que incluya a todo el planeta y quienes lo conformamos. Decimos que parece una tautología porque se trata de superar la razón con la razón. Pero esta “nueva racionalidad” debe tener como sustento lo que te da identidad de ser humano, no sólo la razón, sino todo lo que un ser humano implica (cultura, cosmovisión, expectativas-sueños, realidades vivenciales, capacidades y discapacidades). Todo ello, por tanto, hace urgente un nuevo orden social mundial y, una solidaridad y fraternidad sólo vistas dentro de los círculos más pequeños (familiares, amigos, compañeros de trabajo o actividad) de todo ser humano.

“El pluralismo de formas de vida, todas con iguales derechos y que a su vez han de dejar espacio para proyectos de vida individualizados prohíbe la orientación por criterios fijos que resulten vinculantes para todos” (Habermas, 2001:23). En estas tres líneas se concentran los problemas epistemológicos de la Postmodernidad, pues si bien se puede acceder –si tienes los recursos– a toda la tecnología para conectarte en tiempo real con cualquier parte del planeta, todo se vuelve incomprensible ante la pluralidad de formas de vida y, a la vez, impide que cualquier razonamiento generalice (como ocurre con las experiencias personales en los problemas comunitarios), llevándonos al final, a una relativización de *δοχας* (opiniones) ante las que solamente el sentido común nos permite discernir con algo de certidumbre.

A pesar de ello, desde mediados de los años ochenta se fue imponiendo una *Globalización de Libre Mercado*, presentada como la panacea que resolvería los problemas de todos en el mundo. Rápidamente se “transforma en un fetiche, un conjuro mágico, una llave destinada a abrir las puertas a todos los misterios presentes y futuros. (...) Todos entienden que es el destino ineluctable del mundo, un proceso irreversible que afecta (...) a la totalidad de las personas” (Bauman, 2001:7). La primera afectación de las personas es la polarización más clara entre quienes *funcionan como mercancías* y quienes *funcionan como culturas*. Es decir, quienes tienen los medios para movilizarse en todo el planeta (recursos económicos, conocimientos, informaciones, experticias) y quienes no son partícipes de alguno de estos medios y, por ende, deben enraizarse en donde están.

De aquí se derivan innumerables conflictos de índole social, principalmente se abre una brecha enorme respecto a la igualdad (tanto de personas como de Estados Nacionales), no sólo de manera mundial, sino al interior mismo de las sociedades nacionales (que, por desgracia, es donde se palpa cotidianamente). Quienes funcionan como mercancías sufren la angustiante existencia de –como se dice en Colombia– “el reciclaje”. Tienen que renovarse y adecuarse a diario, para no caer en los deshechos. Mientras que, aquellos que funcionan como culturas o se rebelan y buscan nuevas alternativas o se resignan y guardan silencio, sabiendo que “el silencio se paga con el precio de la dura divisa del sufrimiento humano” (Bauman, 2001:11).

Para el mundo de la física (geográficamente hablando) se difuminan los conceptos de “cerca” y “lejos”; “dentro” y “fuera”; “aquí” y “allá”, pues al desaparecer el *devenir* del tiempo en una *puntilliosidad* de instantes, se diluyen las coordenadas del espacio (no solamente en el ciberespacio) y tiempo, lo que tiene enormes repercusiones en la universalidad del conocimiento. “Las oposiciones interior-exterior, aquí-allá, cerca-lejos registraban el grado de sumisión, domesticación y conocimiento de los diversos fragmentos (humanos y no humanos) del mundo circundante” (Bauman, 2001:20).

Otro de los aspectos epistemológicos que se encuentran trastocados es el de la destrucción de las posibilidades del “yo”, pues el consumo desmedido se ha convertido en placer, pero “la crítica al consumo como placer y deseo no debiera ser a que exista como tal, sólo debiera ser al lugar predominante que ocupa o que se instale como “sentido de vida”, como aquel discurso que da unidad y proyección a una existencia” (Moulian, 1999:14-15). Actualmente se afirma que el ser te lo da el tener o el poseer, que unido a la instantaneidad impulsa al yo a una carrera sin fin de cambio y de desprecio por lo inamovible (la verdad, las costumbres, los hábitos)⁹ que son parte de lo que otorgaba certidumbre y coherencia a la personalidad.

9. Quien desee profundizar en estos aspectos les recomendamos leer a Bauman, Zygmunt: *Modernidad líquida*, FCE, Argentina, 2002; *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Paidós, España, 2005; *Vida líquida*, Paidós, España, 2006; *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Paidós, España, 2007; *El arte de la vida*, Paidós, Argentina, 2009; *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, España, 2010; *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, FCE, México, 2011; *Vigilancia líquida*, Paidós, Argentina, 2013; *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, FCE, México, 2015; *Maldad líquida*, Paidós, Colombia, 2019.

Toda esta vorágine del consumo plantea serios problemas a las fuentes de energía que hagan posible llenar los estantes de productos, ¿a qué costo para los recursos del planeta? De aquí el despunte de la *Ecología*, con la urgencia de metodologías que conserven y/o minimicen al máximo el agotamiento de los recursos naturales. Si bien se han logrado avances en tecnologías menos destructivas del medio ambiente, así como en legislaciones medioambientales que (como afirmamos antes, citando a Habermas) “no son vinculantes para todos”, aún no son suficientes para evitar el arrasamiento de los recursos del planeta.

Aquí resulta fundamental el crear conciencia a través de la educación, para ello se hace irreversible la necesidad de los aprendizajes multiculturales, incorporando los saberes ancestrales (aunque aparentemente sean irracionales), pues en muchas culturas milenarias quien te otorga la humanidad no es la razón, sino la *alteridad*. Es decir, quien nos hace humanos es el otro. Ese *alter* que nos exige “libertad, igualdad, fraternidad”, aquellos añejos principios de la Modernidad, que fueron sacrificados por el denominado “progreso sin límites”.

Por desgracia lo que ocurre es que se ha colocado en la palestra una dicotomía muy peligrosa para toda la humanidad: Libertad vs Seguridad. Esta disyuntiva que la globalización de mercado nos presenta, tiene repercusiones –muchas de las veces– irreversibles en nuestras vidas, nuestras familias, nuestras sociedades, nuestros Estados nación. Estos últimos se han convertido en los gendarmes de quienes funcionan como culturas, persiguiéndolos, estigmatizándolos y señalándolos como los causantes de la inseguridad.

Ese fetiche creado de la inseguridad, corroe lenta pero certeramente nuestros anhelos de libertad, a tal grado que –por temor o por ignorancia– dejamos que se nos cercene ésta. Se ha llegado en este siglo XXI a la irracionalidad, que se acepta sin más (y algunos entregan entre algarabía de redes sociales) la pérdida de la privacidad. ¿Y qué decir del libre albedrío? Se ha difuminado dentro el marasmo de información y opiniones: ahora sí, no sabemos que no sabemos y creemos que sabemos sin saber. Lo que nos lleva a la uniformidad de opiniones o a la clandestinidad de nuestros conocimientos, en ambos casos, perdemos lo esencial de ser humanos: al otro.

Todo esto nos arrastra a la incertidumbre paralizante que –en conceptos de Thomas Kuhn– nos enfrentan al paradigma de las retrotopías o

de la multiculturalidad. Ambas son válidas, aunque las primeras no tienen esperanzas de transformación, la multiculturalidad aunada a la multidisciplinariedad, nos exigen como punto de partida la aceptación de la alteridad, pero nos ofrecen la posibilidad de generar una verdadera epistemología de la humanidad y nos devuelve la palabra a todos.

2. Acercamiento al pensamiento autóctono de América

Quizás para aquellos *enfetichados* con la univocidad del pensamiento Occidental este apartado no debería ni siquiera pensarse. Pero, para nosotros, que impulsamos en esta postmodernidad un multiculturalismo que haga realidad la humanización de todos respecto al conocimiento que generamos desde cualquier lugar en el planeta, es una deuda que apenas se está saldando. Por ello lo hemos incluido.

Si bien este acercamiento cuenta con muchas falencias, sobre todo debido a nuestro desconocimiento de las lenguas autóctonas (náhuatl y quichua), el cual hemos suplido al apoyarnos en las investigaciones de Miguel León Portilla (1986) para el mundo náhuatl y Josef Estermann (1998) para el mundo andino, así como los aportes de Carlos Beorlegui (2006). La otra gran falencia es que no hemos realizado una búsqueda cronológica del desarrollo del pensamiento latinoamericano hasta nuestros días, pues eso excedería –en muchísimo más– las apretadas páginas de este trabajo.

Por lo anterior, solamente nos ocuparemos en este apartado del momento precolombino en América. Quizás se argumente que, al encontrarse inmerso en la cosmovisión de ambas culturas, no alcance la categorización de pensamiento y, mucho menos con características de epistemología, lo cual, cerraría todo afán de “ver [a la epistemología como] el análisis de las condiciones de producción e identificación del conocimiento válido, así como de la creencia justificada” (Sousa, 2019:22). Visión que compartimos e impulsamos: una epistemología multicultural y multidisciplinaria.

Con el preámbulo aclaratorio anterior, dividiremos este apartado en dos grandes rubros: Mundo Náhuatl (Mesoamericano) y Mundo Andino. Haciendo uso de las líneas que se utilizan en el mundo Occidental para hablar del pensamiento pre-socrático (génesis de la epistemología Occidental). ¿Cuáles son sus preocupaciones dentro de la cosmovisión e intentan dar una respuesta (lo más posible separada del mito y, apegada a la verdad cultural)?

¿Cómo ha evolucionado esta respuesta a las preocupaciones e incide en el pensamiento de los mundos Mesoamericano y Andino? Pues –como afirma Beorlegui (2006)– “toda cultura (...) tiene un trasfondo cosmovisional que implica un modo de ver el mundo y de situarse en él” (82).

Hay que partir de la primera y sustancial diferencia epistemológica entre el mundo precolombino y el europeo, la cual radica en que en “la cultura europea ha primado la categoría del *ser*, [mientras que] la indígena está anclada en el *estar*, más respetuosa de la realidad” (Beorlegui, 2006:48). Este punto de partida se vuelve radical cuando intentamos comprender el mundo que nos rodea, puesto que se antepone la situación de experiencia-de-la-vida a una ontología antropocéntrica que muchas de las veces, sólo distorsiona las percepciones que tenemos del mundo circundante, haciéndonos “creer” que sólo los humanos (y casi siempre, sólo ciertos humanos) estamos para dominar la naturaleza y el universo. En el mundo náhuatl los *tlamatimime* (quien conoce cara a cara las cosas) se plantearon preguntas que no se conformaban con los relatos míticos, sobre la naturaleza profunda de la realidad y de la vida humana. Estas preguntas y dudas se expresaron a través de poemas y cantos (*in Xóchitl in cuicatl* en *Flor y Canto*) en la lengua originaria. “El hecho de que sus cuestionamientos resonaran a veces en los cantos, concebidos para ser entonados y acompañados por la música, denota que se atrevían a hacer sentir al pueblo la angustia que los afligía ante los que consideraban como enigmas no resueltos” (León-Portilla, 1986:89). Esta afirmación de León-Portilla de que se hacían públicos *in Xóchitl in cuicatl* los cuestionamientos, demuestra que no eran interrogantes personales y, mucho menos, esporádicos, sino que estaban latentes en la comunidad. Pero, ¿cuáles eran los temas centrales sobre los que los *tlamatimini* se cuestionan? Al fundamentarse en el *estar*, una cuestión es encontrar el sentido que tiene la acción humana sobre la tierra, aunado a la búsqueda de algo tan valioso que merezca la pena gastar nuestra existencia. Como la experiencia-de-la-vida nos lleva a la muerte ¿podemos tener la seguridad de que hay un más allá, donde seguiremos viviendo y se cumplirán todos nuestros anhelos? O como canta Netzahualcóyotl (1468) “como una pintura nos iremos borrando”¹⁰, dentro de ese destino final del *Mictlan*.

10. Este es el título de uno de los poemas de Netzahualcóyotl, en el que se manifiesta la idea clara de la historicidad de la existencia. El poema completo con un muy ben

Nos atormentamos:
 no es aquí nuestra casa de hombres...
 allá donde están los sin cuerpo,
 allá en su casa...
 ¡Sólo un breve tiempo
 y se ha de poner tierra de por medio de aquí a allá!
 Vivimos en tierra prestada
 aquí nosotros los hombres...
 allá donde están los sin cuerpo,
 allá en su casa...
 ¡Sólo un breve tiempo
 y se ha de poner tierra de por medio de aquí a allá!¹¹

A través de este canto podemos captar el sentido histórico que produce la experiencia-de-la-vida, la cual goza de gratuidad (<<Vivimos en tierra prestada>>), pero a la vez observemos que no se habla del *ser* (como cuerpo o posesiones), sino que se habla de la tierra, que es en la que *está*. La tierra es el elemento telúrico que sostiene y hace posible nuestra experiencia-de-la-vida, por lo tanto, la preocupación de los humanos debe ser su entorno y no él, puesto que la gratuidad de la experiencia-de-la-vida lo carga de esa obligación. Una segunda cuestión fundamental de los *tlamatimini* es la denominada *neltiliztli* (verdad):

¿Acaso son verdad los hombres?
 Por tanto, ya no es verdad nuestro canto.
 ¿Qué está por ventura en pie?
 ¿Qué es lo que viene a salir bien? (León-Portilla, 1986:92)

El concepto de verdad desde el *estar* es muy diferente al que surge desde el *ser*, pues el primero se identifica con estar enraizado, firme, sin dubitaciones ni cambios; mientras que el segundo, como bien conocemos por nuestra formación (o deformación) occidentalizada, coloca a la verdad en dos variantes

análisis del mismo, lo podemos ver en Vila Selma, J. (1984): *La mentalidad náhuatl*, editora Nacional, España, pp. 77-79.

11. Este poema se halla en Ms. *Romances de los señores de la Nueva España*, f, 26r, trad. Garibay, en *Poesía náhuatl*, I, núm. 42:67.

diferentes: 1. Metafísica (el deber ser utópico); y, 2. Empírica (demostrada por los sentidos y el intelecto, dentro de un espacio-tiempo determinado). La primera es inalcanzable y la segunda adolece del relativismo que el sujeto inserta en su observación. Por lo tanto, la expresión del poema “¿*Acaso son verdad los hombres? ...*” si lo leemos desde la conceptualización náhuatl del *estar* adquiere un significado más enriquecedor del conocimiento, pues podríamos entenderlo como: ¿<<los hombres están enraizados, firmes, jamás dubitan>>, ante lo que el espacio que los rodea les presenta? La respuesta que demos a esta interrogante impulsará nuestros pasos dentro de la experiencia-de-la-vida.

Por otra parte, es reconocido por todos los avances de índole matemático, astronómico, climatológico, herbolario y físico que las culturas mesoamericanas desarrollaron a partir del cuestionamiento inicial de sus mitos de cosmovisión. Avances sustentados en la observación, los registros y la sistematización de los mismos, para darles periodicidad y, posibilidades asertivas de proyectarse hacia el futuro. Pero, no debemos perder de vista que -como afirma Beorlegui (2006)-:

los conocimientos matemáticos, astronómicos y cronológicos (...) pueden ser considerados como una “ciencia objetiva”, según el concepto occidental y convencional de la ciencia; pero si consideramos la actitud y las finalidades de los [tlamatimini] (...), esos conocimientos se inscriben en el campo de la religión, ya que, en tanto que los astros y el propio devenir se consideran energías divinas, conocerlos es un modo de vincularse con los dioses, y esa actividad fue realizada con la principal finalidad de proteger y facilitar la vida del hombre (97).

Con lo cual se refuerza el concepto de *estar* que permea todo el pensamiento náhuatl Mesoamericano, como la razón de ser de la existencia en la tierra, la conservación del espacio en el que se encuentra y, si durante su experiencia-de-la-vida se apegó a este objetivo –si hay un más allá de los sin cuerpo-, el humano será recordado por quienes le precedan en la tierra, evitando que le ocurra lo cantado por Netzahualcóyotl: “Como una pintura nos iremos borrando...”. En lo que respecta al mundo Andino, por desgracia también se sufre –tal vez con más ahínco, por no haber ningún defensor como León-Portilla– la ideologización de la epistemología Occidental:

Se trata en el fondo de un tipo muy sutil de *petitio principii*: Lo que se quiere definir como [Epistemología] (...), se presupone como *terminus a quo* de la distinción con respecto a otros tipos de ‘pensamiento’. Algo es [epistemología] (...) en la medida en que corresponda al paradigma de [epistemología] (...) (occidental). Cada intento de definir la [epistemología] (...) monoculturalmente (desde una determinada cultura) es una definición particular, y por tanto culturalmente relativa. Algo parecido ocurre cuando una religión o confesión pretende definirse al calificar al otro como ‘secta’. (Estermann, 1998:18).

Cuando se trata de presentar su pensamiento como aporte epistemológico al quehacer humano, pues como indica Estermann (1998) a través de una pregunta: “¿El *logos* es el privilegio de una raza y de una cultura determinada, de tal forma que otras culturas sólo lleguen a tenerlo en la medida en que ‘imiten’ y ‘copien’ los resultados de su actividad?” (18). Este es el enorme lastre que las “epistemologías del Sur” tienen que eliminar para que se logre el propósito de la misma epistemología: ser humana y universal.

Partiendo de la cosmovisión de *Wiracocha* (el creador de todo), la función del humano (*Runa*), para comunicarse con Wiracocha debe “pasar por el “poder ver”, “poder saber”, “poder señalar” y “poder reflexionar” y que apunta, como es obvio, a que la máxima posibilidad de realización en el hombre se da en el pensar o razonar” (Rivara, 1979:152). Al haber dentro de la cosmovisión Andina los elementos (dios, el mundo y los humanos), “nos parecen suficientemente probatorios de la existencia, en el imperio incaico, de una estructura de pensamiento coherente lograda a través del conocimiento y de la reflexión” (Rivara, 1979:152). Ahora bien, si la racionalidad (en el pensamiento occidental) “es un cierto ‘modo de concebir la realidad’, una ‘manera característica de interpretar la experiencia vivencial’ [experiencia-de-la-vida], un ‘modo englobante de entender los fenómenos’, un ‘esquema de pensar’, una ‘forma de conceptualizar nuestra vivencia’, un ‘modelo (...) de representar el mundo’” (Estermann, 1998:88). Esta racionalidad se da en dos variantes: i) individual, personal, y, ii) colectiva, comunitaria. En el mundo Andino sólo existe la segunda variante. La primera ni siquiera puede concebirse, puesto que aquí no hay *ser* sino *estar*.

En el mundo andino el individuo como tal no es ‘nada’ (un ‘no-ente’), es algo totalmente perdido, si no se halla dentro de una red de múltiples relaciones. (...) Cuando recorro en mi pensar, actuar y juzgar sólo a mí mismo, porque soy suficiente fundamento y norma (‘autonomía’) entonces ya no ‘soy’ (non sum) en sentido estricto, porque me reduzco a una mónada cerrada en un mundo sin relaciones. (Estermann, 1998:97-98)

En consecuencia, si la lógica es una estructura de la racionalidad occidental que sustenta la autoproclamación de universalidad, sus principios (sean formales o materiales; clásicos o dialécticos; proporcional, modal, dóxicos o deónticos) son cuestionados desde la época de Nicolás de Cusa (1401-1464), pasando por Pascal (1623-1662) y su lógica del corazón, así como por la “razón dionisiaca” de Nietzsche (1844-1900), con la aceptación de la interculturalidad y multiculturalidad, se desata una cuestión de la relatividad cultural que no es fácil de resolver, pero que abre la verdadera “caja de Pandora” de la lógica humana. Es decir, sólo si se crea conocimiento, racionalidad, lógica incluyendo a todas las culturas –habidas y por haber– podemos hablar de validez de universalidad humana.

En este sentido, la racionalidad andina se expresa en principios que muestran su propia lógica: “cosmología (‘pachasofía’), antropología (‘runasofía’), ética (‘ruwanasofía’) y teología (‘apusofía’), (...) [Y como] cada pensamiento, cosmovisión, y hasta mito y fe tienen su ‘lógica’, una cierta forma intelectual regulativa (normatividad racional) que no tiene que ser necesariamente la forma occidental dianoética y bivalorada” (Estermann, 1998:111 y 113). La génesis de la lógica andina está en el *principio de relacionalidad*, este principio señala que todo está de una u otra manera relacionado, vinculado, conectado con todo. Esta *relacionalidad* se caracteriza por dos acepciones necesarias y complementarias: a) “un ente totalmente separado y aislado justamente es el máximo grado abstracción: un ‘no-ente’” (Estermann, 1998:115); y, b) cuatro formas extralógicas *Reciprocidad*, *Polaridad*, *Proporcionalidad* y *Correspondencia*.

La *Relacionalidad* andina por las cuatro formas de manifestarse (correspondencia, reciprocidad, polaridad, proporcionalidad) jamás son causales, por ello, para el *runa* Dios es un ente relacionado, al igual que todo lo existente, por lo que la racionalidad y lógica andinas implican un universo

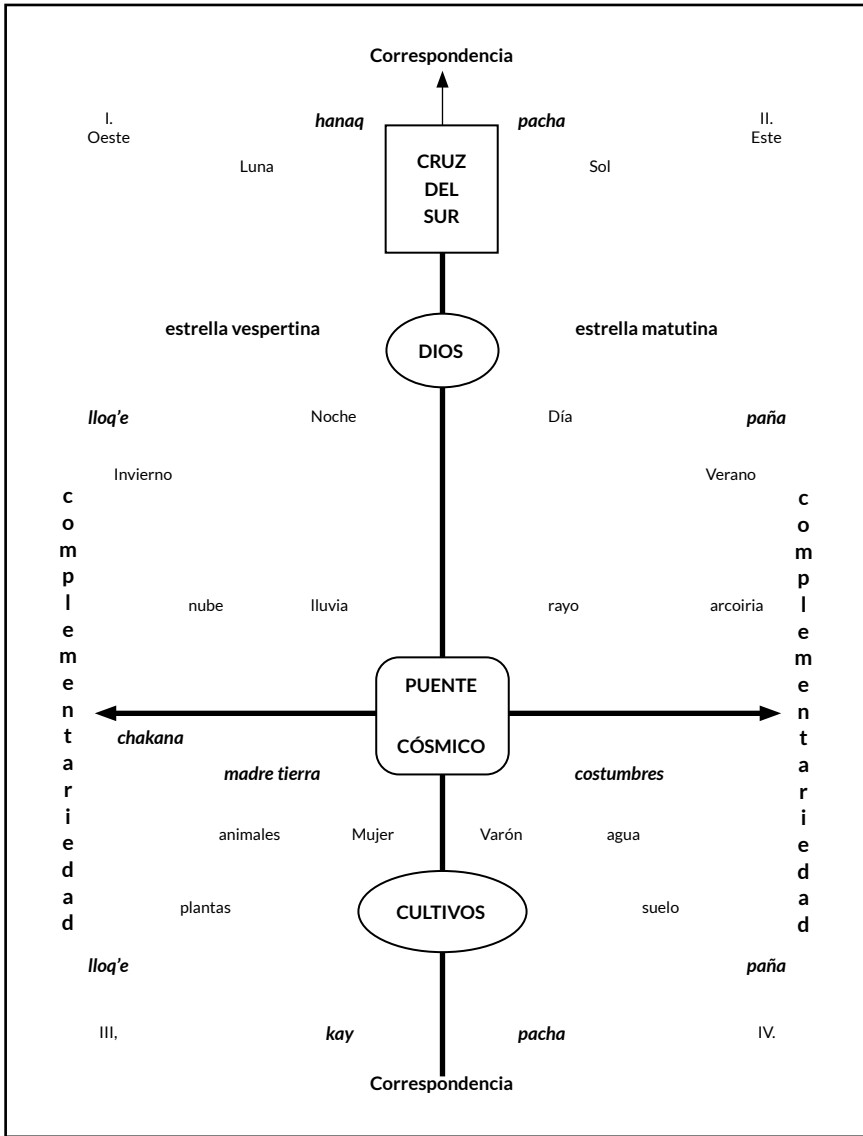
óntico (de ὄντος = Todo), muy similar a la cosmovisión Brahmánica de la India, en la que Shiva es Todo y Todo es Shiva. Expliquémonos, el universo o cosmos –como queramos llamarlo– abarca todo lo que existe (lo contiene), no hay nada más allá, ni orillas ni vórtices del universo, por lo que cada uno de los seres que están en él lo componen en su totalidad sí y sólo sí están interrelacionados. En palabras simples: uno es todo y todo es uno, de allí que la muerte de uno (cualquier ente) sea una contracción del universo. Esto explicaría la necesidad de la reencarnación en el mundo brahmánico, pero eso es otro asunto.

Como podemos observar en la Figura 8, las *chakanas* (Correspondencia y Complementariedad) conforman el punto de partida del *estar* y hacen el *Puente Cósmico*. Los cuadrantes que forman las chakanas, de manera pedagógica y no con carácter de preponderancia, se les ha asignado una numeración romana (I, II, III y IV). Alineadas las chakanas con la estrella denominada *Cruz del Sur* y con los puntos cardinales *Este* y *Oeste*, que ubican al runa (humano) en una posición central del cosmos, para entender y explicar su estructura como un todo del cual nada escapa. Los conceptos *hanaq* (arriba), *pacha* (“el universo ordenado en categorías espacio-temporales, (...)”, el todo existente en el universo, la ‘realidad’” (Estermann, 1998:144-145), *kay* (este), que unido a *pacha* (*kay pacha*) significa este mundo. Aunado a los términos *lloq'e* (izquierda) y *paña* (derecha), alinean la posición del runa exactamente con el propio cosmos.

Todas estas acotaciones enmarcan lo que podemos captar a través de los sentidos y de las lógicas andinas *Reciprocidad*, *Polaridad*, *Proporcionalidad* y *Correspondencia*. Éstas se encuentran en el cuadrante I, correspondiendo a: la luna, la estrella vespertina, la noche, el invierno, la nube y la lluvia. Mientras que en el cuadrante II, corresponden a su complementariedad: el sol, la estrella matutina, el día, el verano, el rayo y el arcoíris. Ya en el cuadrante III, encontramos las correspondencias con los cuadrantes I: madre tierra (*Pachamama*), los animales, la mujer, las plantas. Y, finalmente en el cuadrante IV, las correspondencias del cuadrante II: las cumbres, el agua, el varón, el suelo.

Podemos apreciar como ejes de *uray* (abajo) hacia *hanaq* (arriba) los cultivos, Dios y la Cruz del Sur, los cuales están integrados en la *correspondencia* y *complementariedad*, a través del *puente cósmico* que se da en la intersección de ambas. Con todo lo anterior la realidad, se conforma con todos los que

Figura 8. La relacionalidad cósmica andina



Fuente: Estermann, Josef: *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala, Quito, 1998, pp. 111-280

Elaboración Propia 2020

están dentro del universo, constituyendo un pensamiento inmensamente holístico, total y eliminando desde su concepción, cualquier atisbo discriminatorio o superfluo de quien *esta*. Es decir, no hay –en palabras de lógica occidental– ni potencia, ni nulidad, pues el tiempo es hierofánico (cíclico), como en el mito del eterno retorno¹². Pues la reciprocidad andina “no presupone necesariamente una relación de interacción libre y voluntaria, más bien se trata de un ‘deber cósmico’ que refleja un orden universal del que el ser humano forma parte” (Estermann, 1998:134). Para cerrar este apartado –que es un brevísimo acercamiento al pensamiento precolombino– no queremos dejar de señalar que todo lo aquí descrito, conforma una epistemología con una riqueza incalculable que, a través de la interculturalidad y la multidisciplinariedad, pueden acercarnos –dentro de la racionalidad occidental– a una verdadera epistemología universal y humana. Para ello, los invitamos a ingresar en el socavón del conocimiento utilizando estas herramientas para extraer filones más ricos de verdad y humanidad.

3. Bibliografía

- Abbagnano, N. (1999). *Storia della filosofia*, Vol. II y III, UTET
- Agustín, S. (2007). *La ciudad de Dios*. Libros I-VII, Gredos
- Anderson, P. (1987). *El Estado absolutista*, Siglo XXI
- Bauman, Z. (2001). *La Globalización. Consecuencias humanas*, FCE
- Bauman, Z. (2017). *Retrotopía*, Paidós
- Bauman, Z. (2010). *Modernidad y Holocausto*, Sequitur
- Bauman, Z. (2009). *El arte de la vida*, Paidós
- Bauman, Z. (2013). *Vigilancia líquida*, Paidós
- Bauman, Z. (2019). *Maldad líquida*, Paidós
- Bauman, Z. (2007). *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Paidós
- Bauman, Z. (2006). *Vida líquida*, Paidós

12. Véase: Eliade, M., (1931/2000), *El mito del eterno retorno*, Argentina, Alianza/Emecé, principalmente de la página 56 a la 134.

- Bauman, Z. (2015). *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, FCE
- Bauman, Z. (2011). *Amor líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, FCE
- Bauman, Z. (2002). *Modernidad líquida*, FCE
- Bauman, Z. (2005). *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, Paidós
- Beorlegui, C. (2006). *Historia del pensamiento filosófico latinoamericano. Una búsqueda incesante de la identidad*, Universidad de Deusto
- Blanning, T. C. W. (2002). *The Culture of Power and the Power of Culture: Old Regime Europe, 1660-1789*, Oxford University Press
- Braudel, F. (1953). «*Quést-ce que le XVI° siecle?*», en *Revisita Annales*, VIII, I, (enero-marzo)
- Braudel, F. (1980) *La responsabilidad de la Historia*, Crítica-Grijalbo
- Camús, A. (1996). *El Extranjero*, Alianza editorial
- Eliade, M. (2000). *El mito del eterno retorno*, Alianza/Emecé
- Estermann, J. (1998). *Filosofía andina. Estudio intercultural de la sabiduría autóctona andina*, Abya-Yala
- Fdez-Blanco Inclan, J. (2019). “*Experiencia y Razón, frente a frente*” en <http://filco.es/empirismo-racionalismo-experiencia-razon/> (11/07/2020)
- Habermas, J. (2001). *Más allá del Estado nacional*, Trotta
- Hobsbawm, E. (1985). *En torno a los orígenes de la revolución industrial*, Siglo XXI
- Heidegger, M. (1944). *El ser y el Tiempo*, FCE
- León-Portilla, M. (1986). *La filosofía náhuatl, estudiada en sus fuentes*, UNAM
- Moulian, T. (1999). *El consumo me consume*, LOM
- O’Goorman, E. (1967). *La invención de América*, FCE
- O’Goorman, E. (trad.) (2012). *Ensayo sobre el entendimiento humano*, FCE
- Porfirio (2009). *Isagoge en Alihieri, D. (2009). La cuestión de los universales en la Edad Media*, Winograd

- Rivara de Tuesta, M.L. (1979). <<Pensamiento incaico: Wiracocha>> en Letras, N° 86-87, pp.129-144
- Sánchez, T. (1996). Juan de Palafox y Mendoza (Hombre de inicio o clausura de época), Tesis de Licenciatura en Historia de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México, Inédita.
- Sánchez, T. (2000). “Girones de un pensamiento de 1927: El “ahí” del “ser ahí” de Martín Heidegger. (Análisis de los apartados 29 al 37 de “El ser y el tiempo” en SCC Saber, Comunicar, Crecer Revista de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad de Magallanes, N° 5 (1998-2000), Punta Arenas, Chile, pp. 21-34.
- Sartre, J. P. (1954). El Ser y la Nada, Iberoamericana
- Savater, F. (2008). La aventura de pensar, Debate, en http://www.filosofia.net/materiales/sofiafilia/hf/soff_u11_2b.html (25/06/2020)
- Sousa, B. (2019). El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur, Trotta
- Vila Selma, J. (1984). La Mentalidad Náhuatl, Editora Nacional
- Wallerstein, I. (1985). El Moderno sistema mundial, vol. II, Siglo XXI
- Watson, P. (2009). Ideas. Historia intelectual de la Humanidad, Crítica.

Capítulo 3

Epistemología jurídica

(Un breve acercamiento a su comprensión)

J. Tomás Sánchez Jaime

“Como una pintura nos iremos borrando...”
Netzahualcóytl

1. Primer acercamiento

En nuestros años mozos –allá por 1986– en la ciudad de Guadalajara, adonde asistimos a un Congreso Nacional de estudiantes de Historia, alguien nos preguntó: ¿qué se entiende por *Epistemología*?, recuerdo claramente que nuestra respuesta fue: “esa parte fundamental de toda investigación –sin importar la disciplina– que guarda la concepción teórica de la investigación, así como su método”. Hoy, 34 años después, seguimos pensando que fue la respuesta más simple y honesta a esa pregunta, pero a la vez, consideramos que ésta se debe ampliar a través de una explicación y, la mejor manera de hacerlo es con un ejemplo de la *epistemología* dentro de una disciplina. En este caso el Derecho, por lo que se denominaría *Epistemología Jurídica*.

En un primer acercamiento a lo que algunos entienden por epistemología jurídica, hemos tropezado con trabajos extremadamente eruditos (que confunden a cualquier estudiante), así como con trabajos tan superficiales (que divagan entre *Corrientes Jurídicas* –como teorías– y *Metodologías eclécticas* que tienen una nula incidencia para alcanzar los lineamientos de la corriente a que aluden). Lo cual nos regresa a la consabida frase popular latinoamericana: “me quedé en las mismas...”

Por lo anterior, consideramos pertinente proceder de manera pedagógica y describir los elementos que debe tener en cuenta quien haga investigación jurídica, para presentar una epistemología y, no sólo eso, incentivar la reflexión de elaborar su propia epistemología jurídica (aunque esto último suene muy pretencioso, es en realidad, la razón de ser y de estar de la epistemología: el acercarnos cada vez más a la verdad).

Así, con la mirada puesta en el pasado, sabemos que el derecho inicia cuando existen las sociedades (conjunto de humanos que habitan un espacio determinado y comparten varias características: lengua, creencias, hábitos, costumbres y demás cuestiones de la cotidianidad). Como es de esperarse, surgirán disputas y tensiones entre ellos, por lo que se hace indispensable que se consideren algunos principios primordiales para la convivencia: *las normas*.

Estas normas no son sólo disposiciones generales, sino que emanan de concepciones nacidas dentro de la cosmovisión cultural de dicha sociedad (*Justicia; Verdad; Libertad; Bondad; Maldad; Propiedad; Poder*). Otorgándoles la calidad de aceptación consensuada por todos los humanos que conforman dicha sociedad. Quizás se argumente que es muy antropológica esta concepción del nacimiento de las normas y las sociedades, pero dentro de la concepción vigente de la evolución, es la más cercana a la realidad de cómo nació el Derecho y la experiencia jurídica que ahora se ostenta.

Ahora bien, si queremos arrancar de una historia del Derecho, debemos remitirnos –según la idea positivista de la historia- a los primeros códigos normativos que existieron en la antigüedad (Amurabi; mundo Hebreo; mundo griego; mundo romano) que sustentan el concepto del Derecho en el Mundo Occidental. Pero también debemos tener presente aquellos códigos de derecho consuetudinario de las culturas prehispánicas y precoloniales en América y en África, así como las emanadas de las cosmovisiones brahmánicas, chinas y japonesas. Con lo que tendríamos un verdadero acercamiento epistemológico a las *normas* de manera pluri e intercultural.

Por tanto, ¿desde dónde partimos para una epistemología jurídica? La respuesta que demos a esta interrogante sienta los inicios o principios con los que nos debemos mover en nuestra explicación de la realidad que nos circunda, es decir, si partimos del concepto de la norma, ésta tiene cargados algunos principios que confluyen y contiene dicho concepto y, a la vez, esos principios tienen una fuerte carga de nuestra manera de colocarnos y

percibir lo que nos rodea, para dar una explicación de esa realidad, nuestra realidad. Porque todo principio está cargado de la cosmovisión en la que nos hemos desarrollado.

Todo lo anterior lo podemos observar en la Tabla 7:

Tabla 7
Elementos a tener en cuenta cuando la Epistemología Jurídica nace de la Norma

Principios precedentes	Concepto de partida	Resultados epistémicos
Justicia	La Norma	Justificación de la legalidad y del Sistema
Bien		Legalismo jurídico a pesar de las incoherencias
Mal		Justificación del bien que protege la norma
Verdad		Idea de coartar la libertad por un código establecido
Realidad		Los Principios se tornan metafísicos y en muchas ocasiones inmutables
Autoridad		Normativismo jurídico y Positivismo jurídico
Legalidad		
Libertad		

Fuente: Elaboración propia 2020

Muchas de las veces –como afirma Eco (2007)– utilizamos “para impugnar el hecho de que las mayorías siempre tienen la razón, (...) aquella publicidad imaginaria que dice: <<Coman mierda, millones de moscas no pueden equivocarse>>” (56), posesionándonos desde una palestra de corte academicistas o, lo que es peor, con la supuesta condescendencia de que *nosotros sabemos que sabemos*, porque somos estudiosos del Derecho. Este *status* que nos atribuimos nos lleva a la opinión (δοξα) de afirmar que la epistemología jurídica es una teoría abstracta que en nada contribuye al desarrollo del Derecho.

Ahora bien, si nuestro punto de partida lo fijamos en el *ser* o en el *estar*, abrimos un abanico mayor de principios precedentes que implican directamente al sujeto del derecho: el humano. Lo cual incluye el hacer y quehacer cotidiano de la humanidad, dentro de una cultura y en un tiempo

y un espacio. Aunque debemos aclarar que: si nuestro punto de partida es el *ser*, ingresamos directamente a las epistemologías centroeuropeas u occidentales, -que por desgracia- son en las que nos hemos formado todos los latinoamericanos.

Existe una enorme diferencia entre el *ser* y el *estar*, la cual ha brotado a la luz a raíz de concebir al planeta como una “aldea global”, pues la primera -que sigue la tradición grecolatina- vincula el tiempo (pasado-presente-futuro) a la constitución del *ser*, en una dimensión lineal y con una “supuesta” trascendencia del presente a través de lo que se realiza en él, para alcanzar la *utopía* de un futuro mejor. Mientras que la segunda (*estar*), se ancla en el presente continuo del tiempo y abarca lo que rodea al humano como un *ovtos* (Todo) que incluye el espacio en que se encuentra, lo cual hace una enorme diferencia con el simple ser. Así es como se concibe el mundo dentro de las cosmovisiones andinas, precolombinas, africanas, brahmánicas y, orientales.

Tabla 8
Elementos a tener en cuenta cuando la Epistemología Jurídica nace del Ser

Principios precedentes	Concepto de partida	Resultados epistémicos
Humano Bien Mal Verdad Realidad Poder Libertad Autoridad Justicia Legalidad	El SER	Supremacía de lo <i>humano</i> en todos los ámbitos que se interrelacionen con él Relativización del Bien y el Mal Individualismo VS Comunitarismo Racionalización del Derecho Justicia y Verdad metafísicas Justificación del Sistema de poder como organización racional de los Estados Búsqueda de equilibrios entre Autoridad y Libertad Legalismo jurídico a pesar de las incoherencias Sociologismo jurídico, Normativismo jurídico, Racionalismo jurídico, Positivismo jurídico

Fuente: Elaboración propia 2020

Tabla 9
Elementos a tener en cuenta cuando la Epistemología Jurídica nace del Estar

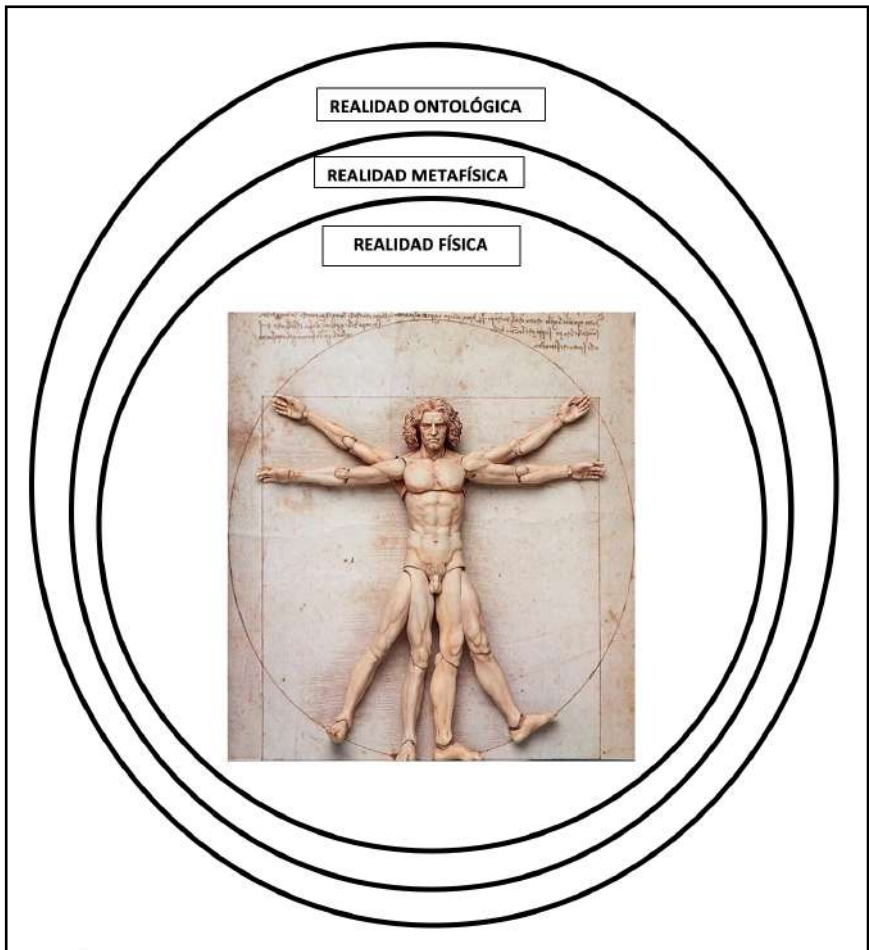
Principios precedentes	Concepto de partida	Resultados epistémicos	
El Cosmos	El Estar	El <i>Cosmos</i> como un todo que nos contiene y del que todo forma parte indispensable y mutable	
Bien		Supremacía de la Naturaleza en todos los ámbitos y el <i>Humano</i> es <i>corresponsable</i> de que esta supremacía se mantenga	
Mal			
Verdad			
Realidad			Comunitarismo sobre Individualismo
Naturaleza			Derecho como convencionalismo de corresponsabilidades
Humano			Justicia, Verdad y Libertad metafísicas
Poder			Justificación del Sistema de poder como organización natural de los Estados
Libertad			Determinismo jurídico a pesar de las incoherencias
Autoridad			Antropologismo jurídico, Sociologismo jurídico, Derecho consuetudinario, Naturalismo jurídico, Post-Positivismo jurídico
Justicia			
Legalidad			

Fuente: Elaboración propia 2020

Recapitulando sobre el punto de partida que tomemos, como podemos observar en las Tablas precedentes, los principios que enunciamos aumentan o cambian de posición en sus prioridades ordinales, ¿cómo explicar esto? Para ello, consideramos pertinente retrotraernos al siguiente gráfico que intenta esclarecernos algunas cuestiones de nosotros en el mundo:

Apoyados en el Hombre Vitruvio de Leonardo Da Vinci, hemos incorporado tres círculos, cada uno de ellos correspondiendo a una de las realidades que, con los instrumentos análogos al humano, todos y cada uno de nosotros vivimos y, a cada realidad la conformamos con diversos elementos que sólo a través de los sentidos (*Realidad Física*); del entendimiento (*Realidad Metafísica*); y, del espíritu (*Realidad Ontológica*), adquirimos certidumbres de su existencia.

Figura 9. El ámbito de la Realidad del Conocimiento Humano



Fuente: Elaboración propia 2020

Para esclarecer la imagen, partamos del centro hacia la periferia. Es decir, de lo sensible, físico y tangible a lo más abstracto y que requiere de todo lo que sabemos del humano en el mundo: la realidad ontológica. Para ello, enunciaremos en la Tabla 10 lo que contiene cada realidad:

Tabla 10
Contenidos de las Realidades del Vitruvio

Realidad	Modo de percepción	Elementos requeridos	Cuestiones epistémicas	Coordenadas
Física	Sensible	1. Habilitados los sentidos 2. Lenguaje 2.1. Manejo del código	Empírica=Vivencial	Tiempo y espacio
Metafísica	Inteligible Conceptual Abstracta	1. Inteligencia 2. Comprensión 3. Memoria 4. Consciencia	Inducción Deducción Análisis Síntesis	Sin tiempo Sin espacio
Ontológica	Abstracta	1. Reflexión 2. Proyección	Síntesis Principios	Sin tiempo Sin espacio

Fuente: Elaboración propia 2021

Todos y cada uno de los seres humanos vivimos dentro de éstas tres realidades a lo largo de nuestra existencia que, como ontológicamente la definió Heidegger en *El Ser y el Tiempo*: “sólo somos tiempo”, aquél que transcurre dentro de nuestra realidad física –desde el momento de nuestra concepción, hasta la muerte– pero que se prolonga, de acuerdo a muchísimas cosmovisiones, en la memoria de las posteriores generaciones de humanos. Y así, todo humano es único e irrepetible, pues su existencia lo es. Pero, no hay que olvidar que esta es la concepción occidentalizada de la humanidad.

Con todo lo anteriormente señalado en las cuatro páginas precedentes, podemos afirmar que la administración de justicia –en cualquier cultura y/o civilización– es una manifestación del poder. El mismo que dado el carácter instrumental del Derecho, se encuentra en las manos de los humanos. Esas mismas manos hacen que toda norma jurídica sea creada, ejercitada, manipulada, modificada e interpretada, por los mismos humanos. Humanos con las más diversas ideologías, concepciones políticas, éticas, jurídicas, psicológicas y, todo tipo de creencias, determinadas por el nivel de evolución individual de cada persona.

Este proceso es inherente a todos los humanos, pero en el ejercicio profesional del derecho es fundamental un alto nivel de evolución personal, para evitar la toma inadecuada de decisiones. Haciendo a la intencionalidad el factor determinante en la configuración cultural de un pensamiento jurídico que trascienda la norma jurídica.

2. Segundo acercamiento

Ausubel (1983) y anteriormente V. Dadivov (1981) y Majmutov (1983), abordaron el tema de la intencionalidad y el proceso del pensamiento. Galperin (1982); Yudovich (1984); D. Perkins (1994); Castelán (1997); Fiallo (2001); y, Rodríguez de Veza (2008), conciben al proceso del pensamiento como varios subprocesos, con sus niveles epistemológicos: *conocimiento, comprensión, aplicación, análisis, síntesis y evaluación*. Así, “el pensamiento no debe considerarse solo como una de las funciones intelectuales humanas, como diálogo del individuo consigo mismo, sino como la totalidad de las formas de reflejo de la realidad en los diversos modos de la actividad humana, incluyendo la actividad práctica, gnoseológica, valorativa y comunicativa” (Díaz, 2013: 204).

Por su parte, Zilberstein (1997) equipara al pensamiento lógico con el pensamiento convergente, mientras que, al pensamiento creativo, sería el divergente. Es por ello que Homero Fuentes afirma: “el pensamiento lógico es aquel que se desprende de las relaciones entre los objetos y procede de la propia aprehensión y apropiación del individuo” (Fuentes, 2009), teniendo en cuenta que de la relación entre lo lógico y lo racional se articulan los efectos de lo externo sobre nuestros procesos mentales. Siendo la obvia consecuencia, el no poderse identificar la conciencia solamente con el pensamiento abstracto y lógico, pues el pensamiento no existe al margen de la actividad viva, sensorial y volutiva, sino que el comprenderlos se incluye en el espacio-tiempo y va dándole significado a sus conceptos: crea conciencia de ellos.

El pensamiento lógico emana de la experiencia sensitiva y se encuentra determinado por la inteligencia con que se estructura una idea, mientras que el pensamiento abstracto —aquel que se nutre de la realidad metafísica— es el que permite la creación, la concepción propia de los fenómenos, aunado a lo cultural de cada individuo, es lo que le otorga el significado que adquiere la interpretación de los fenómenos.

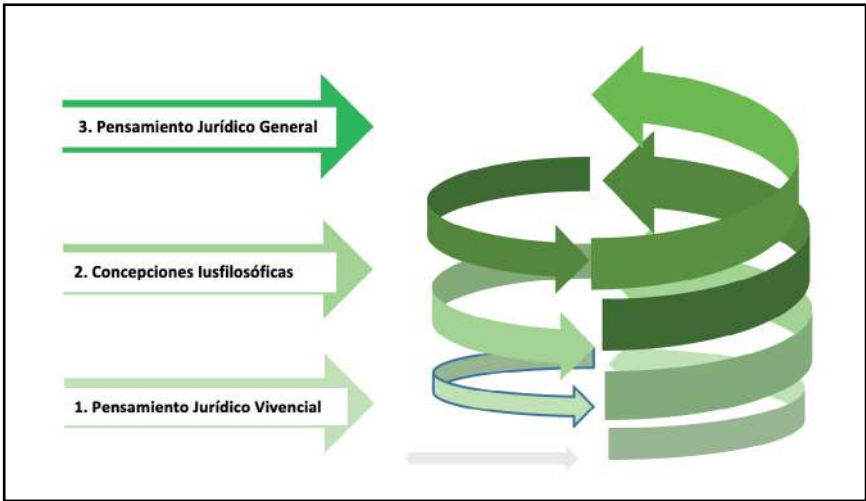
Dada la condición social del desarrollo del pensamiento, este tipo de configuraciones [con esa base en la realidad física] (...) como proceso abstracto trasciende los límites de la persona y del momento hasta llegar a conformar una idea colectiva, un pensamiento colectivo, una conciencia colectiva. Este proceso configuracional se da lo mismo a nivel individual como a nivel grupal; lo que además sólo alcanza sentido mediante el lenguaje (Díaz, 2013:205).

Como interface que vincula la realidad metafísica con la realidad física tanto en lo individual, como en lo colectivo, se ubica el lenguaje, de allí la necesidad impostergable de manejar los códigos y signos del lenguaje que se utiliza, pues cada humano –como sujeto y objeto del Derecho que es– utiliza ideas y lenguajes propios del Derecho (pensamiento jurídico empírico), pero si están unidas (ideas y lenguajes) a una concepción iusfilosófica que las sustente, alcanzan la categoría de posición jurídica. Dichas posiciones jurídicas –utilizando las categorías de Thomas Kuhn– se convierten en *paradigmas* dentro del quehacer científico del Derecho, en constante dialéctica de contraposiciones, a veces cediendo su espacio a nuevas interpretaciones y engrosando al pensamiento jurídico, lo que consideramos como *epistemología jurídica*.

De todo esto se desprende que, cuando estudiamos el Derecho y hablamos de *Epistemología del Derecho* o *Epistemología Jurídica*, hacemos uso de nuestras experiencias personales y/o grupales con la disciplina del Derecho, aunado a nuestras vivencias con el Sistema Judicial dentro de la sociedad y cultura en que ha transcurrido nuestro espacio-tiempo vital, utilizando el lenguaje propio de nuestra cultura (del cual manejamos los códigos y signos) y el lenguaje técnico (propio del Derecho como disciplina) proporcionado por las diversas concepciones iusfilosóficas –que hemos aprendido en nuestros años de formación (o deformación, como queramos verlo)– alcanzamos un pensamiento jurídico general.

Ante esto, vale la pena preguntarse ¿por qué se estanca la enseñanza del Derecho en las instituciones encargadas de ello? ¿Cómo desvincularse de esos estancamientos y superarlos?; es tan grave el asunto que en la denominada cultura web actual (páginas, blogs, redes sociales), hemos encontrado algunos seudo-juristas que afirman que la “epistemología jurídica es una pérdida de tiempo y sólo complica la aplicación del Derecho”, idea –que

Figura 10. Esquema evolutivo de la formación del Pensamiento Jurídico



Fuente:¹ Díaz Rodríguez, Santa Nurkis: “Epistemología del pensamiento jurídico: formación intencionada en los profesionales del Derecho” en *Pensamiento Jurídico*, N° 38, Agosto-Diciembre, Bogotá, 2013, p. 206

Tabla 11
Niveles del Pensamiento Jurídico y su expresión en la realidad

Niveles de Pensamiento	Manifestaciones
1. <i>Pensamiento Jurídico Vivencial</i>	Infracción o acatamiento de la norma jurídica
2. <i>Concepciones iusfilosóficas</i>	Generación, aplicación, modificación o extinción de la norma jurídica
3. <i>Pensamiento Jurídico General</i>	Caracterización de una época, Gobierno o corriente iusfilosófica

Fuente: Díaz Rodríguez, Santa Nurkis: “Epistemología del pensamiento jurídico: formación intencionada en los profesionales del Derecho” en *Pensamiento Jurídico*, N° 38, Agosto-Diciembre, Bogotá, 2013, p. 207

1. Hemos actualizado el concepto que Santa Díaz utiliza en este esquema de “Pensamiento Jurídico Empírico” a “Pensamiento Jurídico Vivencial”, pues el segundo concepto es más acorde a la cotidianidad que todos los humanos tenemos en relación al Derecho y, a la vez, integra la práctica y la experiencia con cambios constantes y vivenciales de los hechos jurídicos.

por desgracia— comparten muchos estudiantes de pregrado y, lo que es más grave, de posgrado del Derecho en América Latina y Europa.

Una primera idea que cruza por nuestra mente es el hecho de haber eliminado la filosofía de la formación de los estudiantes del Derecho, como causal de este estancamiento. Este hecho ha venido agravándose en el Ecuador, con las disposiciones del Consejo de Educación Superior (CES), respecto a la supuesta “pertinencia” de la formación de los docentes en las carreras de Derecho, a tal grado que han sacrificado la vivacidad del conocimiento del Derecho con la multidisciplinariedad y pluriculturalidad, por los formalismos reglamentarios de la Educación Superior, dejando en la *deformación* a todos los estudiantes y, por ende, en la *indefensión* a la sociedad, que vive y sufre del Sistema Judicial.

Debemos hacer hincapié en que “el Derecho como ciencia no ha estado ajen[o] a todo el proceso de especulaciones filosóficas², muy por el contrario el pensamiento jurídico ha estado marcado por las diferentes corrientes y manifestaciones filosóficas que conforman la evolución histórica del conocimiento humano” (Díaz, 2013:207), por lo que se hace prioritario que el pensamiento de los estudiantes en conformidad con el modelo de profesional, no solo debe, sino que tiene que encontrarse dentro del contexto del conocimiento y la libertad intelectual, propias de la multidisciplinariedad y la pluriculturalidad.

Desde su nacimiento en la Antigüedad Occidental, primero como Derecho y, posteriormente como ciencia jurídica, se ha ido consolidando a través del esclarecimiento de términos, conceptos, principios, categorías y Sistemas, vinculando todos ellos de otras disciplinas del pensamiento humano (Filosofía, Historia, Antropología, Sociología, Etnología, Economía, por nombrar algunas); con ellos han ingresado al Derecho resabios de cada disciplina y, como lo señala Díaz Rodríguez (2013):

A partir de la idea de que el Derecho es un constructo humano, con carácter instrumental que confiere seguridad en las relaciones humanas en torno a la propiedad y las aspiraciones humanas, el conocimiento del Derecho y su epistemología ha variado en relación con la

2. Véase el capítulo 1 *¿Qué es epistemología?* y el largo recorrido que ha tenido el concepto, desde la $\delta\omicron\varsigma\alpha$ griega, hasta la denominada Filosofía de la ciencia en el siglo XX.

evolución de la humanidad y de sus aspiraciones y formas de propiedad, condicionadas además por la evolución de su pensamiento jusfilosófico (207).

Es por ello que, en el momento actual, la epistemología jurídica ingresa a la reflexión del conocimiento del Derecho al ocuparse de resolver las siguientes cuestiones: ¿Qué forma o estructura debe tener el Derecho?; ¿cuáles son y han sido sus maneras de presentarse en las diversas sociedades y culturas? ¿Cuál es su naturaleza?; ¿qué objeto tiene, cuáles son sus métodos, sus sistemas, categorías, regularidades y verdades en su temporalidad? En resumen, la Epistemología Jurídica se ocupa de todo cuanto constituye el conocimiento del Derecho como fenómeno social susceptible de ser analizado.

Si bien, hay varios estudios respecto a la enseñanza del Derecho³ que consideran al Derecho desde una disciplina encerrada en sí misma y, por ende, una ciencia social por sí sola, hasta convertirla en una *técnica útil*, destruyendo cualquier intento de una formación integral cosmovisiva de los estudiantes, ya que se centran –y fundamentan– la enseñanza del Derecho en una manera tradicional con el dominio (en muchos casos memorístico) de las materias del perfil de la carrera, con lo cual, no se alcanza el primer peldaño de lo que es inherente al reconocimiento de la epistemología de la ciencia y, con ello, a una racionalidad jurídica que se manifieste en el actuar de los egresados.

Los resultados de una miopía disciplinar y alejada de la epistemología (como filosofía de la ciencia), que en este caso sería la epistemología jurídica, se vuelven catastróficos y limitadores de quienes forman parte del sistema de justicia de cualquier país.

El paso a dar que proponemos para colaborar a transformar esta miopía de la formación de los estudiantes del Derecho, radica en la inclusión de comprender al Derecho como ciencia y no como un conjunto de normas, lo cual –consideramos– se alcanza si esa ciencia cuenta (como toda ciencia actual) con una epistemología propia y/o en construcción a través de la reflexión seria y rigurosa que advierte y toma en cuenta todas las aristas propias de una disciplina del conocimiento humano, es decir, una ciencia

3. Véase: Atienza (1985); Espinosa Torres (2001); Atienza y Ruíz Manero (1996); Bohórquez Orduz (2006); Viñals Carrera (2006); Paiva (2004)

con sus métodos, técnicas y, sobre todo, teorías fundadas en el *estar* o en el *ser* de quien la realiza.

Tabla 12
Resultados de una formación del Derecho encerrada en sí misma

Para la Interpretación Jurídica	Para la comprensión del Derecho	Para la metodología del Derecho
Limitaciones en la concepción praxiológica y epistemológica, como unidades de análisis de la interpretación Jurídica	Insuficiencia en recursos metodológicos de formación del pensamiento lógico, lo que dificulta la comprensión del Derecho y sus interrelaciones con otras disciplinas	Al no haber interpretación jurídica, se crea una incapacidad para realizar una cosmovisión de los hechos, fenómenos y situaciones jurídicas

Fuente: Elaboración propia 2021

Es por ello que compartimos en buena parte la propuesta de Santa Díaz (2013):

La valoración causal permite advertir que persiste en la educación superior la concepción positivista de la ciencia, amparada incluso en un reduccionismo de la filosofía marxista, (...) En consecuencia es preciso dirigir la educación superior hacia una estructuración de la racionalidad humana (...) esta última noción [permitirá el] razonamiento lógico para la configuración de los fenómenos (...) en el Derecho. Para lo que se requiere formar en los estudiantes una postura epistemológica determinada, con arreglo a la cual se sistematicen sus formas lógicas de pensamiento científico (209).

3. Tercer acercamiento

Toda ciencia se ha desarrollado en el pensamiento de la humanidad a través de fundamentar su metodología de acercamiento a los fenómenos en una teoría estructurada. Quizás por ello las herramientas del pensamiento

humano básicas son la inducción y la deducción. De igual manera, las diversas disciplinas en que se subdivide la ciencia de la humanidad, sea esta natural o social, han logrado sus –utilizando la expresión de Theilard de Chardin⁴– *saltos de avance del conocimiento* apoyadas en un método más acorde o, echando mano de los nuevos descubrimientos en otras ramas del conocimiento y ascendiendo en la espiral hermenéutica de Gadamer⁵.

Es por ello que la ciencia del Derecho requiere de una epistemología jurídica, entendida esta como teoría y método en desarrollo y abiertos a los avances de otras disciplinas, que le permitan resolver los problemas jurídicos que se presentan. Ya Antonio Salamanca (2015) nos presentaba un panorama desolador en el 2015, respecto a las investigaciones en Derecho en el Ecuador:

En el panorama de los proyectos de investigación las publicaciones jurídicas, la mayor parte de lo existente tiene un enfoque de glosa normativa. Apenas hay trabajos con una perspectiva historicojurídica, sociojurídica, antropológica o economicojurídica ecuatoriana y latinoamericana; o estudios sobre Filosofía del Derecho o Teoría del Derecho, confeccionados con nuestra propia realidad, como diría J. Martí, y que no sea disfrazarse con la moda eurocéntrica o anglosajona (...). La gran parte de los textos de Teoría del Derecho penal, de la Filosofía del Derecho, del Derecho penitenciario, etc., en el Ecuador, son trabajos extranjeros. (60-61).

Dicho panorama no ha cambiado mucho después de seis años, aunque se siguen haciendo intentos por avanzar en la construcción de una verdadera ciencia del Derecho, por ejemplo, el trabajo de Jorge Paladines: *Derecho penal de Auschwitz* (2021) que, siguiendo el método histórico y la Teoría Crítica, hace un llamado a la reflexión de lo que ocurre con el Derecho Penal en estos momentos, muy similar a lo ocurrido en los campos de concentración del nacionalsocialismo alemán.

La maquinaria de exterminio estructurada desde el poder, nos exonera de culpabilidad, como afirma Bauman (2010):

4. Véase: Chardin De, T. (1978). El fenómeno humano, Taurus

5. Véase: Gadamer, H. (1982). Verdad y Método, Sígueme

Todo sucedió “allí”, en otro tiempo, en otro país. Cuanto más culpables sean “ellos”, más a salvo estará el resto de “nosotros” y menos tendremos que defender esa seguridad. Y si la atribución de culpa se considera equivalente a la localización de las causas, ya no hay motivo para poner en duda la inocencia y rectitud del sistema social del que nos sentimos tan orgullosos. (16-17).

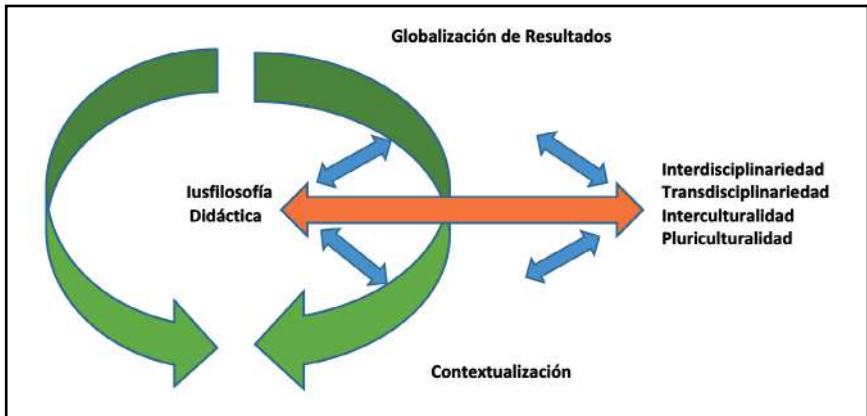
Lo que actualmente se traduce en una *criminalización de la pobreza* sustentada en un Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual sólo intenta —a la manera más positivista existente— esclarecer los hechos y aplicar la norma expresa. Y, ¿dónde queda el ser humano? ¿Cuáles son las consecuencias en el contexto familiar del acusado y de la víctima? ¿Hacia dónde apunta una Reparación Integral de las víctimas y una corrección e inserción del victimario? Se ha invertido, por desgracia, la equidad de la justicia por la legalidad del sistema. Y si esto ocurre en la realidad de nuestro sistema judicial, lo que ocurre en la investigación del Derecho como ciencia, es una simple glosa de la norma, sin una onto-visión del hecho en que está inmerso cualquier ser humano. De aquí la necesidad urgente de una epistemología del Derecho dentro de la formación de los estudiantes del mismo, pues ellos son y serán los operadores de justicia del Sistema Judicial de cada país.

[Al poner al] Derecho sobre sus pies, no como “norma”, sino como un modo o tipo de “praxis normativa”, como un tipo de “relación social”, se necesita un método de investigación propio que pueda dar cuenta de las dimensiones de la “acción” jurídica —como relación social—: histórica, biológica, antropológica, psicológica, sociológica, ideológica, axiológica, política, económica, lingüística, normativa, etc. Ese método no puede ser sino necesariamente interdisciplinar (transdisciplinar). Se le puede identificar asimismo como dialéctico, complejo o respectivo, según se quiera utilizar uno u otro de los adjetivos. (Salamanca, 2015:68).

Pues, como ya lo señaló Piaget (1970:380): “una epistemología que quiera ser científica, es decir, comunicable, independientemente de las tradiciones de las diversas escuelas, no puede ser otra cosa que fruto de una colaboración interdisciplinar”. De allí que la Epistemología Jurídica requiere de un

método propio aunado a una iusfilosofía didáctica como teoría explicativa de los fenómenos jurídicos.

Figura 11. Epistemología Jurídica que sustenta al Método Jurídico



Fuente: Elaboración propia 2021

Entiéndase *Iusfilosofía Didáctica* como la aprehensión cultural de la epistemología jurídica, compuesta por categorías cognitivas, afectivas y comportamentales, las cuales dan como resultado la aprehensión del sistema de conocimientos, métodos y lógica, entendidos como conocimientos, habilidades y valores humanos dentro de una cultura. Pues, como sabemos, todo el periplo vital de la humanidad, de manera individual y como sujetos sociales, que actuamos, pensamos, sentimos, nos comunicamos y valoramos nuestras obras, es lo que se denomina cultura y, se encuentra plasmada en una filosofía. En este caso, una Iusfilosofía. La cual podemos entender como:

La aprehensión cultural de la epistemología jurídica, (...) [es] el proceso intelectual mediante el cual el individuo incorpora conocimiento, habilidades y valores, que se manifiestan en su capacidad de interpretar y aplicar desde el punto de vista gnoseológico la ley, la teoría, el modelo, a través de la relación que se establece entre la interpretación de los fenómenos, la comprensión de los fenómenos y la incorporación al intelecto en forma de conciencia. (Díaz, 2013:2011).

Ahora bien, en este tercer acercamiento nos ocuparemos de una cuestión fundamental del quehacer del conocimiento de toda disciplina: El Método, el cual se encuentra ligado por necesidad de coherencia humana y lógica al *ser y/o estar* del investigador en el mundo –como lo ha denominado Salamanca (2015:69)–: “el paradigma jurídico en el que respira el investigador”, lo que significa la postura jurídica adoptada (véase el primer acercamiento), aunado a la aprehensión del Derecho en la etapa de formación (véase el segundo acercamiento), así como nuestro *estar* en el mundo.

Partamos de problematizar el cúmulo de información que respecto a un hecho jurídico nos llega a través de nuestras fuentes (libros, artículos, blogs, enciclopedias, bases de datos, jurisprudencias y demás). Esta problematización siempre estará vinculada a los lineamientos generales que la humanidad tiene del denominado *método científico*: Reunión de la información pertinente sobre el hecho; análisis y clasificación de la información apoyados en ese arquetipo jurídico que respira el investigador; y, presentación de explicaciones con sus apoyos de aprobación y/o falsación.

A lo largo del periplo vital de la humanidad las diversas disciplinas en que se ha venido dividiendo la ciencia como conocimiento, han ido desarrollando técnicas de recolección de la información que les han sustentado metodologías pertinentes para acceder a la verdad de los hechos en que se especializa la disciplina. Ya desde el medioevo, se empezaron a combinar y probar algunas de estas técnicas como métodos en distintas disciplinas, pero ha sido desde el siglo XVIII –con la Ilustración– cuando la humanidad empieza a unir diversas técnicas y métodos, dándoles coherencia con un arquetipo teórico (propio de su disciplina), que nos permiten hablar ahora de métodos multidisciplinarios.

Entendamos esta multidisciplinariedad de la metodología no como un *collage* de métodos, sino como un importar y exportar técnicas propias de cada método, para acercarnos a alguna de las aristas de nuestro hecho jurídico. Pensemos, por ejemplo, en la Teoría de Sistemas de Luhmann, que nos lleva a visualizar al Derecho como un Sistema (entendido éste, como compuesto de diversas unidades o bits, que juegan un papel mayor o menor dentro del funcionamiento correcto del sistema informático). Esta teoría, propiamente obtuvo su origen de la técnica microscópica de revisión de las células de los organismos vivos en la disciplina de la biología y, de la descomposición de las células en elementos a través de la química. De

igual manera, el Derecho ha tomado ciertas técnicas metodológicas de otras disciplinas, más cercanas a lo que denominamos ciencias sociales (Historia, Sociología, Lingüística, Antropología, Psicología, Política, Economía, Axiología, Filosofía, Educación)⁶.

Tabla 13
Modos metodológicos del Derecho

Modo	¿Cómo entenderlo?	Técnicas a. recolección de datos b. análisis
Histórico-Jurídico	“La historicidad del Derecho es la dimensión temporal de su dinamismo. Es decir, el enfrentamiento es con el transcurso de la producción (origen), circulación (desarrollo) y apropiación (distribución y consumo) de los derechos de los pueblos y la Naturaleza, como praxis jurídicas normativas, sus instituciones y sistemas jurídicos” (Salamanca, 2015:70).	1.a. Técnica arqueológica 2.a. Técnica epigráfica 3.a. Técnica numismática 4.a. y 4.b. Técnica filológica-documental 5.a. Técnica archivística 6.b. Técnica hermenéutica 7.b. Técnica tanatológica
Modo Socio-Jurídico	“[El modo socio-jurídico] es con los hechos del Derecho en cuanto relaciones sociales (...). Es decir, el enfrentamiento es con los hechos (...) del dinamismo “impersonal” de las relaciones sociales” (Salamanca, 2015:70).	1.a. Cuestionarios 2.a. Encuestas cualitativas 3. a. La observación de campo 4.a. Entrevista cuantitativa 5.a. Encuesta cuantitativa 6.b. Identificación de datos secundarios recolectados por otros investigadores 7.b. Pruebas estandarizadas o inventarios 8.a. Recolección de datos mecánica o electrónica

6. Véase: Salamanca, A. (2015). “La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología” en Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales, Año VII, N° 14, julio-diciembre, pp. 69-80

Tabla 13
Modos metodológicos del Derecho

Modo	¿Cómo entenderlo?	Técnicas a. recolección de datos b. análisis
Modo Socio-Jurídico		9. a. La entrevista cualitativa 10. a y b. Las biografías e historias de vida 11.a. y b. Obtención de datos documentales
Modo Antropo-Jurídico	<p>“El modo antropo-jurídico (sic) de la investigación es con los hechos del Derecho en cuanto prácticas culturales (...). Es decir, el enfrentamiento lo es con la problematicidad de las prácticas culturales en el dinamismo de producción (...), circulación (...) y apropiación (...) de los derechos de los pueblos y la Naturaleza como praxis jurídicas normativas, sus instituciones y sistemas jurídicos. La cultura es entendida aquí, coincidiendo con su etimología, como el cultivo de la vida de los pueblos con la Naturaleza. Son objeto de la investigación todas las dimensiones de la vida cultural[1] articuladas en la relación <i>comunidad-persona</i>”. (Salamanca, 2015:71).</p>	1. a. La observación de campo 2. a. La entrevista 3. a. y b. Las biografías de vida 4. a. El test de la personalidad 5. a. Los grupos de enfoque 6. a. La filología documental 7. a. y b. Los datos genealógicos y de redes 8.b. Elementos y datos del discurso 9.a. y b. Hermenéutica como exégesis de las creencias y mitos
Modo Psico-Jurídico	<p>“el modo psico-jurídico de la investigación es con los hechos del Derecho en cuanto relaciones psicológicas personales, comunitarias y sociales, conscientes e inconscientes</p>	1. a. La entrevista personal 2. a. La hipnosis 3. a. La sugestión 4. b. El psicoanálisis de los sueños 5. a. y b. El test de personalidad

Tabla 13
Modos metodológicos del Derecho

Modo	¿Cómo entenderlo?	Técnicas a. recolección de datos b. análisis
Modo Psico-Jurídico	(...) Es decir, el enfrentamiento lo es con la problematicidad de la dimensión psicológica de las acciones". (Salamanca, 2015:71).	6. a. El auto-reporte 7. b. La proyección 8. b. El test de habilidad del desempeño 9. a. La entrevista psicosocial 10. a. Encuesta psicosocial 11. a. Test sociométrico 12. a. y b. El Roleyplying en terapias 13. a. Discusión guiada en pequeños grupos de discusión 14. a. La entrevista colectiva 15. a. y b. La investigación-acción
Modo Ideológico-Jurídico	"el modo ideológico-jurídico de la investigación es con los hechos del Derecho en cuanto relaciones (praxis) ideológicas personales, comunitarias y sociales (...). Es decir, el enfrentamiento lo es con la problematicidad de la dimensión ideológica (ideas) de las acciones (...). La ideología se entiende aquí en sus habituales acepciones "neutra" y "negativa". Es decir, ideología como el conjunto de ideas y/o ideales que conforma la cosmovisión del mundo de una persona, comunidad o sociedad (acepción "neutra"). Y también, ideología –en su sentido "negativo"– como el conjunto de ideas que encubren la "ortopraxis" (Salamanca, 2015:72).	1. b. Identificación del dinamismo histórico de las ideas 2. a. La filología documental 3. a. La encuesta ideológica 4. a. La entrevista ideológica 5. a. y b. La biografía ideológica (propia de las historias oficiales) 6. a. y b. La observación ideológica (en boga en las redes sociales) 7. a. El grupo focal ideológico

Tabla 13
Modos metodológicos del Derecho

Modo	¿Cómo entenderlo?	Técnicas a. recolección de datos b. análisis
Modo Axiológico-Jurídico	<p>“el modo axiológico-jurídico de la investigación es con los hechos del Derecho en cuanto relaciones axiológicas (valores) personales, comunitarias y sociales (...).Es decir, el enfrentamiento lo es con la problematicidad de la dimensión ética o moral de las acciones (de los valores) en el dinamismo de producción (origen), circulación (desarrollo) y apropiación (distribución y consumo) de los derechos de los pueblos y la Naturaleza como praxis jurídicas normativas, sus instituciones y sistemas jurídicos. Este modo de investigación frecuentemente se une al ideológico-jurídico por la fuerza y el peso de los valores en el contenido de las ideas. Sin embargo, el modo de axiológico-jurídico tiene su plena autonomía y es fundamental poder diferenciarlo dado el papel esencial que tienen en la legitimación del Derecho”. (Salamanca, 2015:73).</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. b. La identificación del dinamismo histórico de los valores 2. b. La filología documental axiológica 3. a. La encuesta axiológica 4. a. La entrevista axiológica 5. a. La observación axiológica 6. a. y b. La biografía axiológica 7. a. El grupo focal axiológico 8. a. y b. Los dilemas morales 9. a. y b. La contradicción axiológica ortodoxia-ortopraxis
Modo Económico-Jurídico	<p>“el modo económico-jurídico de la investigación es con los hechos del Derecho en cuanto relaciones económicas (...). Es decir, el</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. a. Observación de campo 2. a. Encuesta 3. a. Entrevista

Tabla 13
Modos metodológicos del Derecho

Modo	¿Cómo entenderlo?	Técnicas a. recolección de datos b. análisis
Modo Económico-Jurídico	enfrentamiento lo es con la problematización de la dimensión económica de las acciones en el dinamismo de producción (origen), circulación (desarrollo) y apropiación (distribución y consumo) de los derechos de los pueblos y la Naturaleza como praxis jurídicas normativas, sus instituciones y sistemas jurídicos. El modo económico-jurídico puede limitar la aprehensión de los hechos confusos y caóticos únicamente en función de la “eficiencia y/o eficacia” de: bienes, base monetaria, tipos de interés, precios, mercados, oferta, demanda, coste, beneficio, salario mínimo, tasa de desempleo, producto interno bruto, índice de competitividad global, de los recursos asignados al ámbito del Derecho. (...). Cabe otra aprehensión de los hechos económicos, confusos y caóticos, como función <i>ideológica</i> en la producción, circulación y apropiación de los derechos (sea micro o macroeconómica). Este es un acercamiento a los hechos de un modo económico jurídico crítico”. (Salamanca, 2015:73).	4. a. y b. Identificación de datos secundarios recolectados por otros investigadores 5. a. y b. Estadísticas 6. b. La identificación ideológico-económica de los hechos con relevancia jurídica

Tabla 13
Modos metodológicos del Derecho

Modo	¿Cómo entenderlo?	Técnicas a. recolección de datos b. análisis
Modo Lingüístico-Jurídico	<p>“el modo lingüístico-jurídico de la investigación es con los hechos del Derecho en cuanto relaciones lingüísticas personales, comunitarias y sociales (v.gr. praxis expresivas, expresiones, símbolos, palabras, significados, etc.) (...). Es decir, el enfrentamiento lo es con la problematicidad de la dimensión comunicativa (expresiva, signante y significante) de las acciones (...). La mediación comunicativa fundamental, y más extensa de los hechos del Derecho, es la costumbre, entendida como praxis consuetudinaria. Una reducción de ella es la mediación lingüística verbal, y otra reducción de esta segunda es la mediación lingüística escrita. Dependiendo del paradigma comunicativo que se tenga: idealista –nominalista o escéptico ante la realidad signada–, o materialista, los hechos caóticos y confusos del Derecho pueden quedar reducidos al juego del fetiche de enunciados con letra muerta (el idealismo lingüístico), o pueden vivir, por el contrario, como <i>expresión de realidad</i>, reducida por la <i>signación</i>, y</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. a. La observación 2. a. El cuestionario 3. a. El test lingüístico 4. a. Las entrevistas breves y anónimas 5. a. y b. Las observaciones no sistemáticas 6. a. y b. La audición y visionado de medios de comunicación de masas 7. a. y b. El test de extracción familiar y de reacción subjetiva 8. a. El test de autoevaluación 9. a. La filología documental 10. a. La obtención documental de datos 11. a. y b. La lógica del lenguaje 12. a. y b. Exégesis del lenguaje 13. b. Técnica del mensaje subliminal

Tabla 13
Modos metodológicos del Derecho

Modo	¿Cómo entenderlo?	Técnicas a. recolección de datos b. análisis
Modo Lingüístico-Jurídico	precisada por la <i>significación</i> . Ambas, signación y significación, como la expresión, lo son de realidad (materialismo lingüístico)". (Salamanca, 2015:74).	
Modo Normativo-Jurídico	"el modo normativo-jurídico de la investigación es con los hechos del Derecho en cuanto <i>normas consuetudinarias</i> , no escritas o escritas (ley en sentido amplio) (...). Es decir, el enfrentamiento lo es con la problematicidad de la normatividad consuetudinaria no escrita o escrita (ley en sentido amplio) de las acciones (...) de los derechos de los pueblos y la Naturaleza como praxis jurídicas normativas, sus instituciones y sistemas jurídicos". (Salamanca, 2015:74).	<ol style="list-style-type: none"> 1. a. y b. La observación normativa consuetudinaria 2. a. La encuesta normativa consuetudinaria 3. a. La entrevista normativa consuetudinaria 4. a. El grupo focal normativo consuetudinario 5. a. y b. La identificación documental normativa 6. a. La filología documental normativa
Modo Jurisprudencial	"el modo jurisprudencial de la investigación es con los hechos del Derecho en cuanto praxis normativa jurisprudencial (...). Es decir, el enfrentamiento lo es con la problematicidad de los hechos jurisprudenciales como acciones (...) de los derechos de los pueblos y la Naturaleza como praxis jurídicas normativas, sus	<ol style="list-style-type: none"> 1. a. La observación jurisprudencial consuetudinaria 2. a. La encuesta jurisprudencial consuetudinaria 3. a. La entrevista jurisprudencial consuetudinaria 4. a. El grupo focal jurisprudencial consuetudinario

Tabla 13
Modos metodológicos del Derecho

Modo	¿Cómo entenderlo?	Técnicas a. recolección de datos b. análisis
Modo Jurisprudencial	instituciones y sistemas jurídicos". (Salamanca, 2015:75).	5. a. La identificación documental Jurisprudencial 6. a. La filología documental jurisprudencial

Fuente: Salamanca, Antonio: "La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología" en *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Año VII, N° 14, julio-diciembre 2015, pp. 69-80.
Elaboración: Propia 2021

Metodologías que han conformado algunos *modos* de acceder al Derecho permitiendo su crecimiento como ciencia y, a la vez, esclareciendo rincones o recovecos oscuros de varios hechos jurídicos en su explicación, dándole –por llamarlo de alguna manera– la *onticidad* necesaria para un mundo intercultural y multicultural en el que la humanidad se ha desenvuelto desde siempre, pero que hasta el siglo XX y en este siglo XXI ha empezado a aceptar como realidad.

4. Bibliografía

- Bauman, Z. (2010). *Modernidad y Holocausto*, Sequitur
- Chardin de, T. (1978). *El fenómeno humano*, Taurus
- Díaz, S. (2013). "Epistemología del pensamiento jurídico: formación intencionada en los profesionales del Derecho" en *Pensamiento Jurídico*, N° 38, Agosto-Diciembre, Bogotá, pp. 203-222
- Eco, U. (2007). *A paso de cangrejo*, Debate
- Fuentes, H. (2009). *La formación de los profesionales en la contemporaneidad. (Concepción holística configuracional de la educación superior)*, CEES "Manuel F Gran"
- Gadamer, H. (1982). *Verdad y Método*, Sígueme
- Paladines, J. (2021). *Derecho Penal de Auschwitz, El Siglo*

Piaget, J. (1970). *Naturaleza y método de la Epistemología*, Proteo

Salamanca, A. (2015). “La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología” en *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, Año VII, N° 14, julio-diciembre, pp. 59-92

Capítulo 4

Las concepciones del derecho. Análisis desde el normativismo hasta la praxis normativa

Parte 1: Derecho e iusnaturalismo

Alex Valle Franco

1. Introducción

Previo a realizar la descripción de las distintas concepciones del “Derecho” y su relación con las normas de conducta, es necesario aclarar que dicho término puede ser analizado desde diversos enfoques que incluso pueden ser antagónicos. Dado que el presente tema pretende mostrar las escuelas clásicas del derecho y las nuevas formas de entender el derecho, se ha realizado una división del estudio en tres partes bien diferenciadas: iusnaturalismo, iuspositivismo y teoría crítica del derecho o iusmaterialismo. Los contenidos de cada escuela son bastante amplios. La idea del trabajo, es que el lector transite por el mundo del derecho desde la metafísica del mismo (ley divina), por el mundo de lo racional (racionalismo normativo) que pertenecen al derecho clásico; y, de otra parte, revise un nuevo enfoque del derecho, desde una posición contra hegemónica.

El primero enfoque, parte desde el racionalismo (mundo de lo inteligible) impuesto desde arriba (Estado), el cual presenta un derecho normativista y hegemónico que tuvo influencia tanto en la corriente del iusnaturalismo como en la del iuspositivismo. Estas corrientes recorren las antípodas del pensamiento y muestran puntos de vista más o menos ortodoxos que varían de autor en autor y de época en época, lo cual nos muestra la volatilidad del

derecho. Sin embargo, también existen aspectos comunes y conexiones entre varias corrientes del pensamiento que constituyen variantes que responden a cada escuela jurídica.

El segundo enfoque, nace desde el materialismo (mundo de lo sensible, de la realidad), cuya propuesta es un derecho más humanizado, que responda a las necesidades sociales, que toma en cuenta la estética y los valores en el mundo del derecho, y se presenta como un derecho contra hegemónico que surge desde abajo, desde la praxis diaria, cuyo resultado se presenta tanto en el pluralismo jurídico como en las teorías críticas actuales, en especial de Latinoamérica.

Respecto de la clasificación que he tomado, debo decir que todo análisis y toda taxonomía realizada por los autores, tiene sin duda un sesgo de arbitrariedad y subjetividad, el cual disminuye con la inclusión en su estudio del mayor contenido posible de escuelas y corrientes diversas e incluso contrarias entre sí. En ese sentido, el presente artículo, pretende mostrar el contraste de numerosas corrientes, para que sea el lector, quien saque sus propias conclusiones, respecto de sus conceptos, elementos, contenidos y alcance.

En la primera parte, citaremos varios conceptos creados desde el racionalismo positivista, para la comprensión cabal de sus significados, significantes, objeto y alcance. En una segunda parte, describiremos brevemente la relación del derecho y las normas; y finalmente, en una tercera parte, analizaremos de forma detallada las escuelas del iusnaturalismo, del iuspositivismo, y del pluralismo jurídico, en las cuales ubico las teorías críticas del derecho.

2. Análisis de las distintas concepciones del Derecho

2.1. Principales significados de la palabra “Derecho”

Uno de los debates en las ciencias jurídicas que hasta la actualidad no ha logrado un consenso definitivo, tiene que ver con la definición de la palabra *Derecho*. La dificultad de definir dicha palabra se debe al hecho de que la palabra es ambigua y polisémica. La referida característica ha generado diversas interpretaciones, las cuales dependen del contexto y el enfoque desde el cual se lo conciba.

El término *Derecho* como expresión lingüística y coloquial expresa un adverbio de lugar. Se puede decir que tal cosa o persona está “al lado derecho” o indicar a alguien que “continúe derecho” (Squella, 2014). También se puede entender por derecho a la expresión que denomina una ciencia, materia o carrera profesional, lo cual se identifica en el momento en el que alguien dice: yo estudio *Derecho* o en la facultad de *Derecho* (Squella, 2014).

La palabra *Derecho* también designa la facultad que tiene una persona frente a otra para el ejercicio de sus atribuciones/prerrogativas por el hecho de ser parte de la especie humana (enfoque naturalista) o porque le son otorgadas por una norma (enfoque positivista). Según Santiago Nino (2003). Bajo el primer enfoque, el derecho es interpretado desde la subjetividad de la persona, y el derecho es visto como una facultad o atribución, así, por ejemplo, se dice: tengo derecho a que se respete mi dignidad humana. Bajo el segundo presupuesto, el derecho es visto como un sistema objetivo de normas. Aquí lo propio, es hacer valer esa prerrogativa (derecho) garantizada en una ley u otra disposición normativa, ejemplo: tengo derecho a la libertad de expresión.

El *Derecho* concebido desde un espacio estrictamente jurídico está relacionado con la regulación de las conductas humanas. Para Véscovi (2011) el *Derecho* es la ciencia de las normas (p. 6). Es decir que se entiende al derecho como un sistema de regulación de la conducta humana, que, a través de disposiciones positivizadas, mandan, prohíben o permiten ciertas acciones u omisiones. Para Squella (2014) la palabra derecho alude al conocimiento técnico relativo al ámbito del derecho como una materia de las ciencias sociales, cuyo objeto es conocer y regular el fenómeno de la vida del ser humano en sociedad desde sus diversas aristas/materias (pp. 12-13). Bajo este precepto, entendemos, por ejemplo, que el derecho penal ecuatoriano regula lo atinente a las conductas que producen infracciones cometidas por personas, las cuales han sido previstas en el respectivo código penal. Lo propio sucede con las distintas materias, en las cuales se regulan conductas y relaciones específicas que pueden estar inmersas en el ámbito del derecho mercantil, laboral, informático, civil; y, a otras innumerables áreas del derecho positivo.

El *Derecho* desde este último enfoque, se vincula solo con las normas jurídicas dispuestas como hipótesis, proposiciones, definiciones, postulados, procedimientos, principios, reglas de ejercicio o de ejecución y otros

preceptos positivizados, que tienen como objeto regular los aspectos más relevantes de la conducta del ser humano en su interacción con sus congéneres, para evitar injustos, transgresiones normativas o violaciones a derechos personales jurídicamente protegidos.

Tabla 14
Enfoques de la interpretación de la palabra “Derecho”

Derecho como adverbio de lugar	Derecho como expresión que denomina materia o carrera profesional	Derecho como atribuciones/prerrogativas	Derecho como sistema de regulación de las conductas humanas
Vaya derecho = Dirección	Estudio derecho = Carrera/materia	Tengo el derecho a: X X es igual a un tipo de derecho subjetivo	X conducta se regula por el derecho Y Y= especialidad

Elaboración del autor: 05.05.2020

Es necesario indicar, que la regulación del derecho a nivel normativo en el mundo, no es general, ni tiene un carácter universal, pues existen varios sistemas normativos vigentes que han sido creados conforme los tipos de sociedades y sus elementos culturales, religiosos, políticos; y, morales propias. Es por eso, que en la actualidad perviven varios sistemas jurídicos a nivel mundial, con la prevalencia del sistema positivista, pero aún dentro de dicho género, se encuentran varias corrientes.

Solo para dar una idea al lector de la multiplicidad de sistemas jurídicos a nivel mundial, citaremos los más representativos en la actualidad, conforme sus zonas geográficas y sus orígenes históricos. En el orden indicado, tenemos:

- El sistema de derecho continental europeo (que integra el germánico) o *Civil Law*
- El sistema de derecho anglosajón o *Common Law*

- El sistema de derecho consuetudinario (en algunos países africanos, derecho indígena en las Américas)
- El sistema de derecho religioso (islámico, canónico, y el de la Torá Judía); y, otros sistemas mixtos que incluyen elementos de varios sistemas enumerados (Hertel, 2009)¹.

Figura 12. Sistemas de Derecho a nivel mundial



Fuente: http://www.cacheiofrias.com.ar/sistemas_juridicos_del_mundo.htm

Por otra parte, se debe dejar claro que no todas las normas de conducta humana han sido necesariamente positivizadas o reconocidas por un sistema jurídico determinado. Este hecho, no significa de manera alguna que carezcan de validez o eficacia, pues como se verá en líneas posteriores, la costumbre no solo es fuente generadora del derecho, sino que constituye el *Derecho vivo* de una determinada comunidad.

1. Para ampliar los estudios sobre este tema, recomiendo el libro “El Fetiche jurídico del capital: hegemonía global mediante los estudios de derecho” del Prof. Antonio Salamanca Serrano, a quien además debo agradecer por sus valiosos comentarios al presente artículo.

Adicionalmente, se debe reflexionar sobre el hecho de que existen ciertas normativas informales no reconocidas oficialmente; y que, sin embargo, funcionan paralelamente o independientemente del sistema jurídico estatalmente predominante. En este grupo están por ejemplo las normas de conducta que rigen en una favela o en una cárcel, las normas de conducta impuestas por grupos irregulares en determinadas circunscripciones territoriales, las cuales a pesar de su dudosa validez tienen cierta vigencia y eficacia. Bajo este contexto, la existencia y la convivencia de un pluralismo jurídico (oficial/no oficial), muestra la inconsecuencia de estudiar el Derecho solo desde el positivismo y del monismo jurídico.

Para comprender de forma más clara lo afirmado en los párrafos precedentes, es necesario analizar la relación del *Derecho* con las normas de conducta e identificar las principales relaciones y diferencias entre estos dos conceptos.

2.2. El Derecho y las normas

Tal y como se revisó en el epígrafe anterior, la definición y alcance del Derecho no es única; y por ello, genera diversas interpretaciones; y, más de una confusión. El Derecho entendido solo desde el enfoque positivista, comprende una serie de debates que pasan por el entendimiento de diversos autores y corrientes que los definen de acuerdo a su propio enfoque. Así, por ejemplo, Kelsen entendió al Derecho como un conjunto de normas o de disposiciones que impone un poder soberano a sus administrados. En la misma línea Rudolf Ihering afirmó que el Derecho es un conjunto de normas que se imponen coactivamente desde el Estado. Por su parte, Austin determinó que el Derecho es un conjunto de mandatos. Ronald Dworkin entendió, que el Derecho comprende un conjunto de estándares diversos de las reglas (primarias y secundarias) y los principios, analizados por Herbert L. Hart; mientras que Robert Alexy incluye a los derechos fundamentales en la concepción. (Squella, 2014, p.101-102).

Después de citar esta breve muestra de lo que se entiende como derecho desde el enfoque normativo positivista, llegamos a identificar a la palabra “norma” como elemento común de los diversos planteamientos. ¿Pero, qué debemos entender por norma? Según la RAE, una norma es una regla, un precepto, un criterio que se debe seguir para realizar una actividad o tarea

(RAE, 2017). Para Eduardo García Máynez (2006), la palabra norma suele usarse en un sentido amplio y otro estricto. En el primer caso, se refiere a toda regla de comportamiento, obligatoria o no. En el segundo caso, la norma corresponde a la imposición de deberes y atribución de derechos (p. 4).

¿Podemos decir entonces que una norma es una forma acordada de hacer o regular algo? Puede ser la que regula la fabricación del producto, la regulación de un juego, la gestión del proceso, la provisión del servicio o el suministro de material, la regulación de una compraventa, la sucesión por causa de muerte, el matrimonio, la adopción, etc. Como se ve, los estándares pueden abarcar la regulación de una variedad de actividades que realizan las personas en su vida familiar, social y comercial. En este punto, es necesario aclarar que, si bien los ejemplos mencionados pueden constituir normas de conducta en sentido general, ya que no todas pueden ser consideradas como normas en sentido estricto (positivizadas en el ordenamiento jurídico).

Según García Máynez (2006), algunas reglas constituyen juicios enunciativos que no son obligatorios y se denominan normas técnicas; mientras que las normas que tienen carácter obligatorio y que atribuyen facultades o derechos, son normas en sentido estricto. Para diferenciar estos enfoques, citaremos en el primer caso a una regla técnica de carácter enunciativo, al hecho de que el sol sale siempre por el oriente, y en el segundo caso se afirma la obligación de cancelar las deudas contraídas. El primer ejemplo, se relaciona con normas naturales de tipo causal que describe la relación de fenómenos naturales; y cuyo cumplimiento es ineluctable. Se refiere a las reglas técnicas o directivas indican un medio para alcanzar un fin determinado y pueden equivaler a instrucciones; y cita como ejemplo, los pasos para encender un televisor y hacerlo funcionar (Santiago Nino, 2013, p. 83). En el segundo caso, la norma regula una relación de carácter social en la que están involucrados sujetos que de acuerdo a su comportamiento generarán ciertos efectos en el mundo social y jurídico.

Con relación a las normas en sentido estricto, podemos decir que existe una clasificación variada acorde a los diversos autores. Por ahora lo que importa, es definir su principal diferencia con las normas técnicas, y esta radica básicamente en que una norma en sentido estricto constituye una regla de conducta obligatoria, dirigida a hombres libres con plena capacidad de cumplirla o no, siendo que en el segundo caso se establece una sanción por su incumplimiento (Vescovi, 2011, p. 12). Bajo este presupuesto,

entendemos que la norma en sentido estricto está revestida de un poder de autoridad (imperatividad), la cual puede hacer cumplir la norma por medio de la coacción o por el contrario castigar su incumplimiento. En el caso de la regla técnica, esta carece de dicho poder, su inobservancia puede ser reprochada o incidir en el resultado fallido del proceso u acto, pero de ninguna manera involucra la coacción.

Sobre el tema arriba debatido, Vescovi (2011) también analiza las normas éticas observadas en el ámbito moral y religioso. Otros dos elementos diferenciadores de las normas en sentido estricto con las normas técnicas es el hecho de que las primeras involucran un sentido de bilateralidad, es decir que son exigibles en doble vía, como en el caso de los derechos. Adicionalmente, está el enfoque de la generalidad de la norma, es decir que esta está dirigida a un número indeterminado de personas generalmente dentro de una circunscripción territorial gobernada por un mismo poder. Estos cuatro caracteres de la norma según Vescovi (2011) la transforman en una norma en sentido jurídico y formal (p. 13-16).

Según el análisis de Esquivel Pérez (2011, p. 42) citando a Kelsen (1923) como a Ross (1961) respecto de la norma jurídica, se determina que su categoría original e indefinible estatuye un enunciado de “deber ser”, un deber ser jurídico que puede aparecer en una oración en alguna de sus formas lingüísticas como imperativo, infinitivo o hipotético. Sobre la definición de este “deber ser” es importante recalcar que, aunque dicha disposición sea revestida de autoridad o poder y haya seguido los canales formales para su validez, dicha disposición debe responder a las necesidades sociales para que sea eficaz, caso contrario no cumpliría con el objeto de la norma (regular una conducta de hacer o no hacer).

Tabla 15
Enfoques de la interpretación de la “norma”

Norma natural	Norma técnica	Norma religiosa o norma moral	Norma jurídica
La que responden a leyes naturales	Las que sirven para realizar un proceso	La que regula la conducta con base a la axiología	Norma positiva-leyes

Elaboración del autor: 06.05.2020

Respecto del tema de la eficacia de la norma, es bien analizado por Bobbio (1990), allí el autor concluye la misma validez formal depende del origen del poder que la reviste. En ese sentido, se puede afirmar que la ciencia jurídica dogmática para ser eficaz no debe elaborar normas de forma aislada, sino que las debería describir conforme a la realidad, las necesidades sociales y la moral generalmente consensuada. Desgraciadamente el formalismo y tradición jurídica no siempre ha respondido a los elementos citados y ha preferido basarse en el poder político, religioso, económico o social de turno. Es decir que las normas han sido construidas desde arriba e impuestas por la coercibilidad que las envuelve.

2.3. El derecho concebido desde la norma y más allá de la norma

Los enfoques sobre la interpretación de la norma son variados, y este hecho ha dado lugar a que su análisis se realice desde diferentes ópticas, con las cuales, se pretende explicar los fenómenos jurídicos y justificar la ciencia del derecho. La búsqueda de un método ideal que explique el derecho como sistema y la función de la norma, ha permitido un gran abanico de teorías, corrientes, y escuelas a lo largo de la historia. Las diversas perspectivas de abordar el derecho son tan variadas como sus autores, sin embargo, existen varios elementos comunes que han permitido agruparlos en grandes clasificaciones generales.

Entre las corrientes de análisis del derecho más influyentes y destacadas, podemos encontrar al: a) Ius naturalismo, b) Ius positivismo; y, c) Pluralismo jurídico. Dentro de cada una de estas corrientes, analizaremos las diferentes escuelas que se han desarrollado, los elementos comunes y diversos entre sí. Para conocer sus elementos, características y objeto de estudio, las describiremos brevemente a continuación:

2.3.1. El iusnaturalismo (tal vez alguna alusión a que ha existido un iusnaturalismo no católico incluso anterior al cristianismo)

Antes de iniciar con el breve repaso de lo que se entiende por ius naturalismo o derecho natural, sus contenidos y escuelas relevantes, es necesario mostrar sus características y elementos comunes. El Derecho natural según Villoro citado por De la Torre Rangel (2008), propone un derecho concreto,

racional, de justicia social y bien común, de orden objetivo y exigible a todos. Sobre este último punto, basa su principio de universalidad e inmutabilidad del derecho natural.

Si hablamos de derecho natural, es necesario, reflexionar sobre las interrogantes planteadas por Jesús Antonio de la Torre Rangel (2008), en su obra “Apuntes para una introducción filosófica al Derecho”. Estas son: ¿Existe otro Derecho que no sea el formado por la legislación positiva? ¿Hay otra normatividad jurídica distinta del Derecho positivo?

Las mencionadas interrogantes, aunque se vean retóricas para los estudiosos del Derecho, no siempre lo son para los profanos (en términos de Bourdieu), los principiantes o los positivistas del derecho, pues el monismo positivista hegemónico, ha hecho pensar en que la respuesta es negativa. A pesar de ello, filósofos, historiadores del derecho y juristas han respondido afirmativamente, de hecho, se afirma que previo a toda ley positiva humana existió un Derecho anterior basado en la naturaleza del hombre. Una investigación que deja muy clara las interrogantes planteadas, es la de Antonio Salamanca (2017) sobre el “Fetichismo Jurídico del Capital”, en la cual se muestra que el derecho positivo tal y como lo conocemos es relativamente nuevo y ha tenido su recorrido colonizador en las distintas ubicaciones geográficas del planeta.

Según Salamanca (2017), en África supuso la invasión y expansión hegemónica del fetichismo jurídico en el siglo XIX (p. 336), en la comunidad musulmana tuvo la influencia determinante del colonialismo occidental en los siglos XIX y XX (p.339), en China apenas ingresa esta corriente en los años cincuenta del siglo XX frente a la acogida de un derecho legislado con el modelo europeo del *common law* o del derecho romano germánico (p.348), en la India también inicia con la Constitución de 1950 “con la hegemonía de la mediación escrita del texto legal sobre la costumbre jurídica tradicional (legicentrismo)” y la hegemonía colonial del paradigma de la tradición del *common* (p. 354). Por su parte, en el continente americano se vincula el modelo positivista con la llegada de los juristas imperiales que llegaron al Continente en la época de la colonia a inicios del siglo XVI sea en la tradición del *common law* o del *derecho romano germánico* (p. 365, 371). En Europa occidental, “el paradigma jurídico romano germánico, se va consolidando desde el siglo XIII con un enfoque de capitalismo mercantilista (p. 370).

El detalle histórico proporcionado por Salamanca no se debe entender en el sentido de que anterior a las fechas de ingreso del positivismo en las regiones citadas “no existió un derecho” o un sistema de regulación de conductas, sino que no existió en la forma en que hoy lo conocemos: escrito, sistematizado/codificado, legicéntrico, jerárquico, hegemónico. De hecho, existieron un conjunto de normas no positivas que regulaban la conducta social y a las cuales se le denominó Derecho Natural (De la Torre, 2008, p. 63). Sobre estas corrientes, y su forma de entender el Derecho vamos a explicar en el presente acápite.

Los primeros indicios existentes sobre el iusnaturalismo se encuentran en el mundo de la antigua Grecia entre el siglo V a.C. y el siglo VI d.C., el denominado iusnaturalismo grecolatino, cuyos representantes principales son Platón y Aristóteles (Ayala, 2003). Para Platón la *enkrateia* socrática del dominio de la razón sobre las pasiones, “se trata de una ley del alma”, denominando alma a la norma que regula a los hombres y su naturaleza. Aristóteles postula la existencia de una ley común, según se muestre lo que es justo y lo injusto, aunque no exista un consenso de aquello, mientras responda a la tradición inmemorial (Ayala, 2003, p. 379). Concretamente, la doctrina del Derecho Natural que plantea, se sustenta en la idea de un orden natural que se deriva de la esencia de las cosas y en la naturaleza racional del hombre (Serra Rojas, 2014, p.172).

En la Grecia helénica, los estoicos también les dedicaron una gran atención a las reflexiones del derecho natural, y el rol de la ley. “Para los estoicos, la felicidad o el fin de la vida está en la virtud, y ésta consiste en vivir de acuerdo a la naturaleza”, por ello, las personas deben adaptar su conducta a la naturaleza del universo y estar en armonía con la razón divina. Por lo mencionado, a ese orden debe someterse el hombre, a la recta razón humana, y en última instancia vivir conforme a la naturaleza es también vivir de acuerdo con la razón, con los dictados de la recta razón (Ayala, 2003, p. 379).

De otra parte, en Roma, destacó Marco Tulio Cicerón, quien afirmó que la ley natural es una norma universal y válida para todos los hombres y pueblos del mundo de cualquier época. Este tipo de ley no es escrita, sino que es innata a la misma naturaleza, y por ello, estamos inmersos en ella (Ayala, 2003). El fundamento de esa ley natural está en la ley eterna de orden divina, cuya violación es una degradación del hombre. Para “Séneca,

Epicteto y Marco Aurelio, el perfeccionamiento moral del hombre debe estar en conformidad con su condición natural y moral, esta ley es anterior a todas las normas positivas”. Sobre este tema Cayo, Paulo, y Ulpiano desarrollaron más estudios, que se enfocaron en una ley natural cuyas prescripciones son un derecho, regido por la recta razón en cuanto manda y prohíbe (Ayala, 2003, p. 380).

Posteriormente, y en un segundo momento histórico tiene presencia la escuela de la filosofía jurídica de la Patrística Pre agustiniana (Padres de la Iglesia), quienes fueron pensadores cristianos, y parte de dos principios fundantes: “Dios instala ciertos principios jurídicos en la naturaleza humana” y rechazan la idea de una filosofía jurídica acabada y sistemática. De hecho, San Pablo afirma “que la ley natural es común a todos los hombres”; por su parte, San Ireneo dice que existe un poder en la comunidad como un organismo coercitivo, naturaleza empírica de los hombres. (De la Torre, 2008, p. 64,65).

En definitiva, el Derecho es concebido desde una concepción teológica (ius naturalismo teológico) en la cual “Dios, mediante su razón, dio el Decálogo y ha impreso en la razón humana su ley moral natural” (San Clemente de Alejandría), así el poder del Derecho como institución está concedido por Dios en cuanto sirve para castigar al malvado (De la Torre, 2008, p. 65,66). De hecho, para Lactancio, el derecho tiene el triple fundamento de: “a) defensa social frente al delincuente b) corrección del mismo; y c) intimidación de los demás ciudadanos” (De la Torre, 2008, p. 65).

Tabla 16
Filosofía jurídica de la Patrística Pre agustiniana (Padres de la Iglesia)

¿Quiénes son?	Son Pensadores cristianos: San Pablo, San Ireneo, San Clemente, Lactancio obispo de Milán, entre otros.
Base filosófica	Dios instala principios jurídicos. La ley natural es común a todos los hombres: éstos son iguales.
Enfoque	Rechazan la idea de una filosofía jurídica acabada y sistemática. Dios mediante su razón dio el Decálogo.

Elaboración: Alex Valle Franco, 2021

Después vendría la influencia de San Agustín (354-430 DC), quien aborda cuestiones con mayor profundidad y su concepto central de pensamiento es “la ley eterna”. De esta forma, sostiene que sólo es verdadero Derecho aquel que es justo. La “ley eterna” no desconoce el dinamismo o el cambio, ya que considera que el Derecho no es algo fijo o estático en el tiempo ni en el espacio. Por esta razón, el legislador debe traducir siempre el precepto adecuado de la “ley eterna”, en especial, si sus mandatos no cumplen con los preceptos de esta ley, no serán ley, sino algo injusto e inválido. De esta forma la “ley eterna” es el orden moral en su más amplia acepción con el fin de alcanzar el derecho humano a la Paz y el orden de la vida social (De la Torre, 2008, p. 67-70).

San Isidoro de Sevilla (562-636 DC) posteriormente sostuvo que las leyes pueden ser tanto divinas como humanas, es decir ya no solo se restringió al origen divino; por eso, considera como Derecho a lo que “emana de las leyes y las costumbres”. Desde este enfoque el “Derecho natural es común a todos los pueblos”; y, por ende, existe en todas las partes por el simple instinto natural. Coincide con San Agustín en que la ley debe ser justa, honesta y posible, es reconocido por poner nuevamente en vigencia el “Fuero Juzgo”² (De la Torre, 2008, p. 71-72).

Posteriormente, está otro representante de la iglesia católica Santo Tomás de Aquino (1224-1274), quien afirma que Dios crea y da existencia a las criaturas, y las constituye según el plan de su inteligencia divina, sobre esta base construye su famosa “Suma Teológica”.

Además, Santo Tomás confirma la existencia de la ley eterna: “pasiva, un ser recibe y soporta la regulación quedando sometida a ella; y, el hombre se considera racional, capaz de conocer su propia naturaleza y fin, así que considera la ley eterna de manera inteligente y acepta su cumplimiento” (De la Torre, 2008, p. 74-75). Santo Tomás coloca nuevamente la teoría aristotélica de la justicia en discusión (justicia legal – justicia conmutativa – justicia distributiva). Además, estableció un acercamiento entre el derecho natural y el derecho positivo al afirmar que el derecho positivo debe estar de acuerdo con la moral, que debe adaptarse a la ley moral y traducir las proporciones objetivas de justicia conforme el lugar, tiempo y determinadas

2. Texto legal que procede del Breviario de Alarico (484-505) o Lex Romana Visigothorum, revisado por Recesvinto (653-672) promulgada del Liber Iudiciorum.

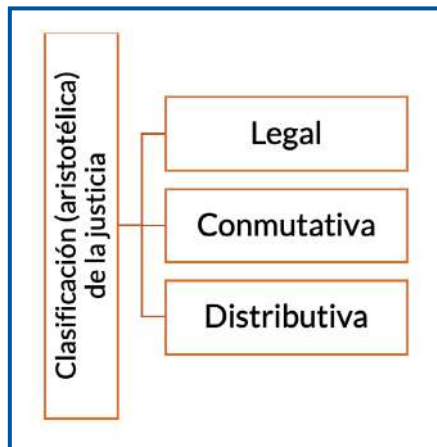
circunstancias para que sirva el bien común, siendo necesario, útil y claro (De la Torre, 2008, p. 77-79).

Figura 13. Postulados de Santo Tomás de Aquino



Elaboración: Gina Amores y Paola Berrezueta, 2019

Figura 14. Teorías de la Justicia según Santo Tomás



Elaboración: Gina Amores y Paola Berrezueta, 2019

La última tendencia del ius naturalismo clásico, está representada por dos escuelas: la orden religiosa de Santo Domingo de la escuela de Salamanca y los miembros de la Compañía de Jesús. En la primera escuela destacan Francisco de Vitoria y Domingo de Soto, mientras que, en la segunda, sus principales representantes son: Francisco de Suárez, Luis de Molina, Gabriel Vázquez, Juan de Mariana.

Sobre los Dominicos de la Escuela de Salamanca, tenemos como principal representante a Francisco de Vitoria (1483-1546), su principal contribución tuvo que ver con el derecho internacional, la filosofía política, y “las reflexiones sobre la conquista de América” (De la Torre, 2008, p. 80-81). Su principal contribución fue sentar a la dignidad personal como base de los derechos humanos, pues mostró una clara defensa de los derechos de los indios en las Américas. Además, identificó a los derechos subjetivos como oponibles a otro en base a la dignidad humana. Por su parte, Domingo de Soto tiene como su obra principal “De la justicia y el Derecho”, cree que lo justo es lo adecuado y constitutivo para el Derecho, y para determinar lo justo se debe respetar el ordenamiento impuesto por Dios (De la Torre, 2008, p. 83-84).

Tabla 17
Postulados de Francisco de Vitoria

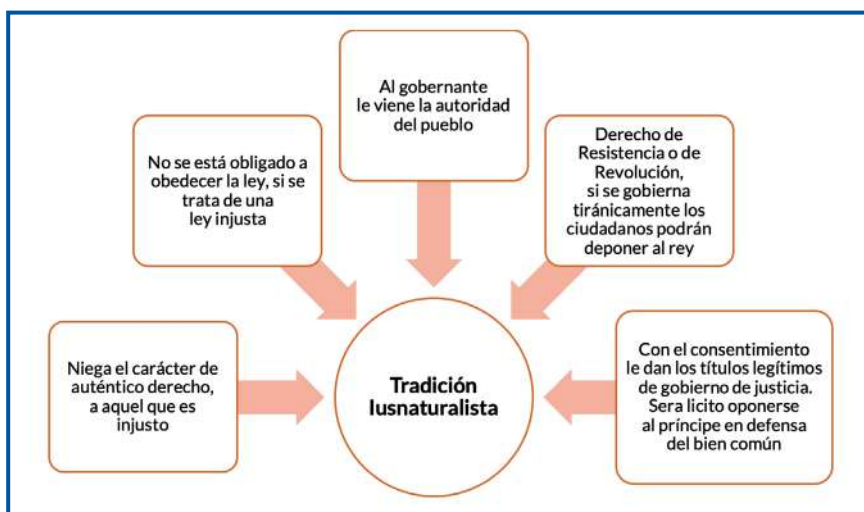
Derecho Internacional
Filosofía política
Fundamento de los Derechos Humanos
Democracia

Elaboración: Alex Valle Franco, 2020

Con relación a los miembros de la Compañía de Jesús, Luis de Molina (1535-1600) fue conocido por su obra teológica “Concordia”, su principal aporte radica en la justicia conmutativa en la ciencia económica, afirma que la ley debe ser general para el bien común (De la Torre, 2008, p. 85-86). Juan de Mariana, justifica el tiranicidio en los casos en que “el monarca en el ejercicio del poder va en contra de los intereses del pueblo”, propone una teoría democrática no contractualista (De la Torre, 2008, p. 87).

Francisco de Suárez (1548-1617), su principal tratado “De las leyes y de Dios legislador” que impugna el derecho divino de los Reyes sostenida por Jacobo I de Inglaterra, tiene base también en la Ley Eterna. Afirma que la ley natural manifiesta la conciencia humana, que es una para todos los hombres, que es inmutable. Respecto del cumplimiento de la Ley manifiesta que esta puede ser incumplida si: “a) La ley es injusta, b) si aun no siendo injusta, es demasiado gravosa; y, c) si de hecho la mayor parte del pueblo no observa la ley (De la Torre, 2008, p. 89-95).

Figura 15. Pensamiento Suareciano



Elaboración: Alex Valle Franco, 2020.

La escuela del derecho natural moderno o profano (Siglos XVII-XVIII), presenta una ruptura con el pensamiento del derecho natural católico escolástico, que a decir de Truyol y Serra, terminan con la muerte de Suárez, dando paso al racionalismo moderno. Esta escuela defiende aún la idea de un derecho natural inmutable, común a todos los tiempos y lugares, pero deja de lado el derecho natural teológico.

Según Wetzels citado por De la Torre Rangel (2008), la nueva escuela del derecho natural busca un acuerdo entre católicos y protestantes; y por ello, su validez tiene como base a los hombres como tales; “la validez del Derecho

tiene fuerza conformadora de la realidad”; es ahistórica e individualista, se funda en el racionalismo de nueva especie y de tipo cartesiano; se exige la elaboración de un derecho público; por naturaleza humana se entenderá al hombre empírico; genera una tradición teórica racionalista de los derechos humanos (97-98).

Como se puede apreciar de los contenidos narrados del ius naturalismo, este tuvo en su inicio una base teológica enmarcada en la Ley Divina y en el Decálogo, y modernamente en la razón, en la dignidad humana y en la moral universal. En ese sentido, si bien el Derecho fue considerado como no escrito ni positivo, no puede considerarse como inexistente ni tampoco como ineficaz, pues tal y como se mostró, éste estuvo vigente en casi todo el mundo por muchos siglos, de hecho, como se podrá observar en las teorías posteriores, algunos de sus postulados son incluidos de manera consciente o inconsciente.

Figura 16. Diferencias con la Doctrina del Derecho Natural Clásica



Elaboración: Alex Valle Franco, 2020.

3. Bibliografía

- Bobbio, N. (1990). *Teoría General del Derecho*. Debate, Madrid.
- De la Torre Rangel, J. (1998). *Hermenéutica analógica, justicia y uso alternativo del derecho*. Epikeia, México. Ver en: http://epikeia.leon.uia.mx/old/numeros/03/epikeia03-hermeneutica_analogica.pdf
- De la Torre Rangel, J. (2008). *Apuntes para una introducción filosófica del derecho*. Temis, Bolivia.
- De la Torre, M. (2015). *Ontología y derecho. “existencialismo” e institucionalismo*. *Derechos y libertades*. Número 33, Época II, junio 2015, pp. 17-46. Madrid.
- Esquivel, J. (1980). *Kelsen y Ross, formalismo y realismo en la teoría del derecho*. Universidad Autónoma de México, México. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12719>
- García, M. (2006). *Introducción al Estudio del Derecho*. Ed. Porrúa, Argentina.
- Nino, S. (2003). *Introducción al análisis del Derecho*. Ed. Ariel, Argentina.
- Salamanca, A. (2018). *El fetiche jurídico del capital: expansión imperialista de su hegemonía sistémica a través de los estudios de derecho*, IAEN, Quito.
- Squella, A, Villavicencio, L. Zuñiga, A. (2012). *Curso de Filosofía del Derecho*. Editorial Jurídica de Chile, Chile.
- Véscovi, E. (1998). *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Letras, Colombia

Capítulo 5

Las concepciones del derecho. Análisis desde el normativismo hasta la praxis normativa

Parte 2: Derecho y iuspositivismo

Alex Valle Franco

1. El iuspositivismo

El positivismo nace como corriente contrapuesta al ius naturalismo y principalmente critica su contenido metafísico. El iuspositivismo se inscribe de lleno en un saber utilitario de la modernidad, en el que todos los hombres son por naturaleza, iguales, libres y autónomos. Se concibe a la socialidad a través de relaciones voluntaristas, pactadas. De la Torre Rangel (2008), dice que es necesario hacer la diferencia entre el mundo antiguo y el moderno, respecto de que antes el hombre no era libre, vivía en comunidad, lo público se confundía con lo privado; y ahora, el hombre vive en libertad, es individualista y lo público está bien delimitado.

El positivismo en el mundo antiguo consideró que el Estado era la sociedad en sí misma, no se distinguía entre lo público y lo privado. Los hombres no fueron concebidos como iguales y por ello se permitió la esclavitud. Respecto de la actividad económica, esta se consideró parte de la sociedad. Surge como respuesta al ius naturalismo de darle igualdad formal y generalidad a las leyes.

El positivismo en la modernidad, tiene como origen al movimiento codificador del siglo XIX relacionado al Código Napoleónico, el cual prohibió el estudio del derecho natural. Como principales fundamentos, el

positivismo niega la moral y los valores como relacionados con el Derecho, niega las cuestiones filosóficas en general, y pretende implementar un método científico basado en la neutralidad axiológica (De la Torre Rangel, 2008, p.112). John Austin citado por De la Torre Rangel (2008) afirma que: “El derecho positivo es el objeto propio de la jurisprudencia en cualquiera de sus diferentes ramas; entendiendo por derecho positivo (...), el derecho establecido en una comunidad política (p. 113). Con estas bases Hans Kelsen procura construir la teoría pura del derecho que se basa en la construcción científica del Derecho.

Figura 17. Características del Positivismo



Elaboración: Alex Valle Franco, 2020

Sobre el positivismo jurídico existen distintas clasificaciones que reúnen a autores y teorías más o menos diversas, pero que tienen varios puntos en común, el principal según Salamanca (2018) es el denominado “escepticismo cognitivo respecto de la realidad, en general, y respecto de la realidad moral, en particular” (p. 140). Esto se traduce en que la realidad no es más que una creación subjetiva de la subjetividad de cada persona y que, por ende, no es posible llegar al ser desde el deber ser. Por otra parte, todas las corrientes positivistas se legitiman sobre el voluntarismo jurídico del poder, de la autoridad, de la institucionalidad, como fuente del monopolio de la fuerza (Salamanca, p. 140). Este último hecho se plasma en textos

normativos que son sacralizados hasta el punto de volverlos un fetiche, del cual, su reflexión es casi nula o inexistente. Todo este normativismo, sostenido por la fuerza estatal o dogmática encierra una serie de pactos de poder de las grandes élites políticas, económicas, religiosas y militares, haciendo creer a los excluidos que son parte de este denominado pacto o “contrato social”.

Según los rasgos citados del positivismo, se han desarrollado corrientes con enfoque racionalista normativo, con base a la voluntad y el mandato; y otras, basadas en el hecho social. Salamanca (2018) después de un análisis de autores como Pérez Luño y R. Vázquez identifica entre el ius positivismo, un positivismo hermenéutico, uno argumentativo, y uno axiológico, un raciovoluntarista, iusocio-constructivista, entre otros.

La primera corriente mencionada del racionalismo normativo, corresponde a Hans Kelsen y su propuesta de la “Teoría Pura del Derecho”, cuyo enfoque, se centra más en el aspecto jurídico-técnico y no en su contenido (De la Torre Rangel, 2008). Este pensamiento excluye totalmente a la metafísica, la ética material y toda doctrina de valores.

Para Kelsen, la ciencia jurídica es autónoma y se arraiga en sus presupuestos metodológicos, de tal forma, que crea su propio objeto y saber jurídico. Bajo los presupuestos mencionados, no se toma en cuenta “la conducta fáctica de los hombres sino únicamente sus preceptos jurídicos” (De la Torre Rangel, 2008, p. 128). Adicionalmente, el positivismo es sistemático porque consiste en un entramado de normas estructuradas en un orden jerárquico reconocido estatalmente. Finalmente, se cataloga como unitario porque no reconoce otras corrientes o enfoques de derecho por fuera del monismo hegemónico, además excluye la interacción del derecho con otras ciencias, en especial de carácter axiológico.

En ese sentido, el derecho se vuelve un monopolio del Estado, tiene un carácter formal, racionalista y positivista que está respaldado por el monopolio de la fuerza estatal. Para el autor De la Torre Rangel (2008), el derecho positivo racionalista está deshumanizado y se contrapone al sentido de humanidad de la persona física, excluye las pasiones y sentimientos, construyendo una persona artificial producto de una entelequia jurídica, de esta forma el derecho es el que define quien es sujeto o no de derechos. Según Salamanca, en América Latina (2018), existe “una corriente del *racionio jurídico*, en la cual se suscriben García Máynez; en Perú, E. J. Couture en

Uruguay”, una variante normativista con L. E. Nieto Artet en Colombia, A. Bascuñán y A. Squella en Chile, J. L. Moreno en Uruguay, en México en la obra de Héctor Rodríguez, L. Azuara, F. Vallado Berrón, U. Schmill, A. Pérez Carrillo y R. Tamayo y Salmorán (p.142).

Respecto del voluntarismo jurídico como corriente del positivismo, esta se identifica con “el imperio de la ley, por la cual la autoridad declara obligatoria una determinada conducta” (De la Torre Rangel, 2008, p. 118). Aquí prima la voluntad de la autoridad más allá de los contenidos del derecho, para Hobbes bastaba que exista una decisión de los reyes para considerar justa la decisión, y aunque esta fuese en sentido real injusta no se toleraba el odio a la tiranía de la norma porque esto se traducía en odio al Estado (De la Torre Rangel, 2008, p. 118-119). El impulso del positivismo ha servido para que se de culto al texto de la ley considerando a los mandatos de la autoridad, independientemente de que sean justos. Se identifica a John Austin como representante del voluntarismo y como fundador de la escuela de la jurisprudencia analítica.

La corriente positivista del sociologismo jurídico, procura separarse del racionalismo absoluto y del voluntarismo, para basar su enfoque en las “realidades sociales y en una visión más empírica del derecho” (De la Torre Rangel, 2008, p. 121). En esta corriente, es importante considerar la experiencia como principal fuente del conocimiento, niega la existencia de un plano diverso al científico. Su aporte tiene que ver con la apertura del derecho a otras ciencias y su interacción, pues el derecho se analiza en conexiones válidas con la historia, la sociología, la antropología y otras ciencias sociales inmersas en los hechos sociales humanos. Varios son los autores que destacan en esta corriente, desde los más antiguos están Gustav Hugo (1764-1844), Karl Bergbohm (1849-1927), “quienes se rebelaron contra el carácter imperativo y coactivo del derecho dado por el legislador” (De la Torre Rangel, 2008, p. 122). La ola de la anti metafísica del sociologismo influyó en la filosofía y jurisprudencia del derecho con postulados en contra del naturalismo, tales como: no existen principios éticos generales, el derecho no es ahistórico, no pueden coexistir derecho natural y derecho positivo.

Para Salamanca (2018, p. 142), “el positivismo *hermenéutico* asume los aportes de las obras de R. Dworkin, Toulmin, Perelman, MacCormick, Aarnio, Peczenik y Atienza, entre otros, en la interpretación del derecho”.

Todos estos autores han centrado su trabajo en el análisis del texto de la norma y su adecuada interpretación, para ello han desarrollado diversos elementos/estándares, que permiten restringir la arbitrariedad que puede surgir fruto de la subjetividad de cada intérprete.

El positivismo argumentativo según Salamanca (2018, p. 143), tiene influencia de trabajos de R. Alexis, R. Arango, C. Bernal Pulido y G. Lopera, quienes se centran en los derechos fundamentales. El positivismo jurídico axiológico, para Salamanca (2018, p. 143), tiene influencia de J. Rawls, y ha tenido repercusión en diversos autores que especialmente estudian teorías de la justicia.

El positivismo raciovoluntarista y culturalista según Salamanca (2018, p. 143), ubica autores como: Recaséns Siches, C. Bernal Pulido y G. Lopera, “quienes realizan trabajos desde una perspectiva analítico-argumentativa”, algunos analizan “la semiosis de los signos y discursivos en el ámbito legislativo y judicial”, como en la obra de R. Carrión.

El iusocio-constructivista es un positivismo que proviene de la familia iusvoluntarista y que puede ayudar a diferenciar la variante del iusmarxismo supraestructural, aquí se analizan trabajos del funcionalismo crítico, teorías institucionalistas del derecho, del realismo escandinavo, del realismo jurídico estadounidense, entre otras (Salamanca, 2018, p. 143).

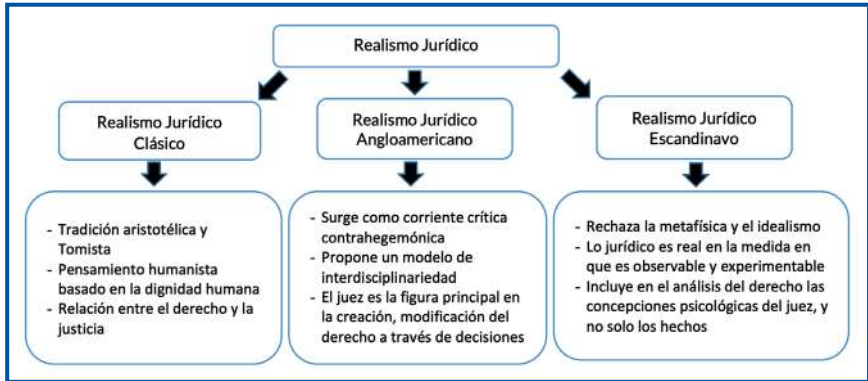
Sobre estas últimas variantes del positivismo, enfocadas en un Derecho concebido más allá de las normas jurídicas como formas racionales de transmitir el derecho, y como mandatos de voluntad del Estado, vamos a hacer un análisis especial en los siguientes acápite, en razón de que el presente estudio tiene interés en las nuevas formas de pensar el derecho más allá del positivismo racionalista normativo. A continuación, nos centraremos en las corrientes del realismo jurídico.

1.1. Realismo jurídico

El realismo jurídico tiene a su vez varios enfoques; y, por ende, varias tendencias ius filosóficas, a saber: a) el realismo jurídico clásico, b) el realismo jurídico anglo-americano; y, c) el realismo jurídico escandinavo. El elemento común de todas estas tendencias del realismo es su forma de concebir la realidad, de reconocerla con el objeto de superar el “no cognitivismo que conduce a la imposibilidad del conocimiento objetivo de los valores y el

iuspositivismo en sus vertientes voluntarista, la cual reduce el fenómeno jurídico a los actos de voluntad de los gobernantes”. (Cárdenas, 2018, p. 12).

Figura 18. Características del Realismo Jurídico



Elaboración: Alex Valle Franco, 2020

a) **En el caso del realismo jurídico clásico.**– Se juntan la tradición aristotélica tomista y la del institucionalismo y del neo institucionalismo (Cárdenas, 2018). Por sus características se identifica a algunos autores de la Escuela de Salamanca (S. XVI-XVII) (Bermejo, 2010), la cual se destaca por un pensamiento católico de corte hispánico con contenidos humanistas basados en la condición y dignidad del ser humano. Esta corriente responde en parte a las violaciones de derechos de los indígenas en la época de la colonia, y pretende reivindicar su respeto como seres humanos, basándose en la dignidad humana (Martínez, 1978). De hecho, para Martínez (1978), y otros autores, esta escuela sentó algunas de las bases para lo que hoy conocemos como los derechos humanos.

Respecto del institucionalismo, Cárdenas (2018) asegura que esta corriente identifica a la ley como medida del derecho, la justicia como acción del derecho y el derecho como el justo mecanismo en las relaciones jurídicas. Es decir, entiende al derecho como institución. Se analizan las deficiencias del derecho normativo y se precisan sus errores, postulando el rol de la jurisprudencia de una forma más profunda y útil, y no solo desde el punto de vista mecanicista y técnico. Además,

se analizan los actos de los legisladores desde el iusnaturalismo y el verdadero sentido de la ley desde la conveniencia del ser humano. Aquí se destacan autores como: Víctor Cathrein, Santi Romano, Hauriou, Germain Grisez, Guido Fasso, Michel Villey, Javier Hervada, John Finnis, entre otros.

Sobre el neo institucionalismo, podemos decir que reinterpreta el concepto de Derecho, no como “esencia” sino como “existencia”, como una respuesta diversa a lo planteado por el nominalismo y esencialismo, ya que genera un espacio de acción abierto por normas que es completado por una serie de conductas diversas y variables (La Torre, 2015). Se basan en el institucionalismo, pero desde una línea kantiana con la idea de superar la lógica deóntica, ya que esta es insuficiente para interpretar la norma. Los autores destacados son: Ota Weinverger y Neil MacCormik (Cárdenas, 2018).

- b) **El realismo jurídico anglo-americano.**— La corriente del realismo jurídico anglo norteamericano es una corriente filosófica originada en el siglo 20, tiene el propósito de alcanzar una reforma legal liberalizada. Este corriente, critica al formalismo como hegemonía intelectual, por lo que provocó un profundo cambio en la manera de pensar el Derecho tanto como para jueces y abogados, así como con juristas y académicos. El realismo jurídico norteamericano se resiste a concebir al derecho como entelequia aparte de la realidad social, pues defiende a la interdisciplinariedad y la multiplicidad de factores que puedan de cierta manera o modifican el Derecho. Además, reconocen que en la administración de justicia está el derecho mismo, pues el juez es la figura principal en la creación y modificación del derecho a través de decisiones judiciales.

El realismo jurídico anglo americano, presenta varias sub corrientes como la del pragmatismo, desde autores como: Charles Sanders Peirce, William James, George Herbert Mead y John Dewey (Cárdenas, 2018). El pragmatismo proviene del empirismo inglés del siglo XVII, como una corriente filosófica se enmarca en la actitud práctica hacia la vida humana (De la Torre, 2016). El pragmatismo niega el racionalismo exacerbado del mundo de las ideas y conceptos, de la objetivación del objeto, y crea una filosofía más pragmática, más espiritual, desde el mundo de los sentidos. Es así que pretende crear una sociedad más

democrática y útil al ser humano, así, si un saber es útil para la vida práctica, esa utilidad se refuta en verdad. De esta forma no se pretende llegar a una verdad, sino orientar su práctica (De la Torre, 2016).

Se puede afirmar que el pragmatismo se fundamenta en la aceptación colectiva de una idea como verdadera, con base a los valores sociales, sus principios y experiencia, presumiendo que dicha verdad es de utilidad práctica para la vida. De esta manera, se identifica al pragmatismo jurídico desde su carácter subjetivo/individual, ya que depende de las experiencias personales del individuo, pero el resultado de la suma de dichas experiencias, ideas, sentimientos, posteriormente se objetiviza a través del colectivo y es tomado como verdadero. Es así, como un concepto/idea de carácter subjetivo que parte de una necesidad real, social-moral se objetiviza (Duguit, 2018). La eficacia de la que habla Duguit, puede medirse con base en el nivel de satisfacción de necesidades de los ciudadanos.

Bajo la citada argumentación, el pragmatismo jurídico analiza al *Derecho* desde tres dimensiones: fáctica, axiológica y normativa (Reale, 1985). Desde la dimensión fáctica, contiene acciones, realidades, experiencias de cada persona, se dice que es lo que realmente es el *Derecho*. Desde la dimensión axiológica, se describe al conjunto de principios y valores socialmente consensuados, es lo que se espera que el *Derecho* sea.

Finalmente, desde la esfera normativa, nos encontramos con la suma de las dimensiones fáctica y axiológica (Orden social y moral) y su búsqueda por el bien común, es lo que el Derecho debe ser. Bajo estos presupuestos, si la dimensión normativa es construida sin incluir a las demás dimensiones, aseguraríamos su fracaso a través de su ineficacia en el mundo jurídico (Reale, 1985).

El realismo jurídico anglo-americano se concibe como iusteoría, con los siguientes juristas: Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamín Nathan Cardozo, Nathan Roscoe Pound (Cárdenas, 2018). Oliver Holmes considera que el derecho es el reflejo de la historia de una nación y sólo a través de los estudios de las teorías jurídicas e históricas, es posible descubrir su esencia. Propone que el formalismo y la rigidez del Derecho debían de adaptarse a las nuevas condiciones de la sociedad; pues, el Derecho no es sólo un conjunto de reglas lógicas desarrolladas

por teóricos de la Ley, sino un cuerpo que crece, cambia y se moldea con el tiempo.

Por su parte Nathan Roscoe citado por Rodríguez (2018) cree que el derecho es una realidad compleja que comprende diversos elementos que son heterogéneos; tales como: “preceptos, criterios metodológicos e ideales filosóficos, morales y políticos que sustentan el ordenamiento”. Rodríguez (2018) analizando el trabajo de Roscoe, concluye en que principios y estándares requieren ser aplicados de una forma diversa al mecanicismo, y por ende deben tener en cuenta otras circunstancias del caso; tales como: el sentido común y la intuición entrenada del juez, elementos necesarios para tomar una adecuada decisión. A Roscoe Pound, se lo considera fundador de la jurisprudencia sociológica.

Según Rodríguez (2018), Karl N. Llewellyn consideraba que las reglas de la doctrina jurídica, no permitían prever la forma en que se había de resolver un caso concreto, pues el derecho se actualiza en cada nueva situación de litigio. Además, para él, la sociedad estaba llena de tensiones que es necesario mantener bajo control y la autoridad está encargada de reabsorber esas tensiones y de canalizarlas a partir de la experiencia acumulada. Es así como el derecho es visto más allá de la simple existencia de las normas, ya que éstas posteriormente deben ser interpretadas por un juez desde su sana crítica y conforme todos los elementos a su disposición.

Autores como Oliphant, Moore, Félix Cohen, y el mismo Llewellyn criticaron a las decisiones judiciales porque éstas caen dentro de patrones predecibles, pues son producto de la unión de varias fuerzas sociales que deben operar sobre los jueces para forzarlos a responder a los hechos en formas similares, es decir se criticó el simple silogismo jurídico, reducido a: Regla + Hechos = Decisión. (Leiter, 2013). Por otro lado, se encuentra la visión idiosincrática, cuyos principales autores eran Frank y Hutchenson, quienes afirmaban que lo que determina la respuesta de los jueces ante los hechos de un caso, es el modo de ser característico del juez –idiosincrasia–, es decir la psicología o personalidad del juez. Entonces la decisión se reduce a: Estímulos que afectan al juez + Personalidad del juez = Decisión. (Leiter, 2013). De hecho, Jerome Frank, planteaba que como los tribunales superiores se ocupan de la interpretación del Derecho, los de primera instancia e instrucción

son los encargados en fijar los hechos, pues el litigio se decide en la fijación de los hechos en donde se encuentra la certeza y por lo tanto la predictibilidad es más difícil (Leiter, 2013).

Otra corriente del realismo jurídico anglo-americano es la escuela analítica y el positivismo lógico, cuyos representantes son: Bertrand Russel, George Edward Moore y Gottlob Frege y, del Círculo de Viena, L. Wittgenstein, quien, al cambiar su postura filosófica, va a llevar a la escuela hacia los hechos luego del giro lingüístico (Cárdenas, 2018). Esta escuela aparece a inicios del siglo XX en el mundo anglosajón, se caracteriza por su oposición directa al idealismo absoluto que fue la corriente dominante, proponiendo el análisis lógico del lenguaje. La escuela analítica desechó la metafísica al afirmar que sus proposiciones no eran suficientemente buenas para ser consideradas, dado que carecían de sentido (Stroll, 2002). Su objetivo principal fue y es el de clarificar los problemas filosóficos a través de la argumentación, el análisis y el rigor lógico.

La escuela analítica estudia el lenguaje, su significado y significantes. En el caso de Ludwig Wittgenstein citado por Stroll (2002), habla de que la filosofía no debe buscar la verdad sino el esclarecimiento de las proposiciones, atender a cuestiones normativas y de valores, pero de un modo distinto a la ciencia, basada en la descripción de los hechos. En el mundo del derecho, el énfasis se pone en los métodos y formas de interpretar el lenguaje jurídico, en la hermenéutica jurídica, más allá de sus prerrogativas, proposiciones, clasificaciones o supuestas verdades (ser o deber ser). Esta corriente se denominó de la jurisprudencia analítica, y allí se pueden encontrar a autores como John Austin (normas son mandatos), Herbert Hart (análisis de reglas primarias y secundarias), Joseph Raz (autoridad del derecho, las reglas son razones) y Ronald Dworkin (analiza los principios y está en contra de la discrecionalidad judicial y del mecanicismo) (Jiménez, 2013).

El realismo jurídico anglosajón tiene una perspectiva también desde el enfoque del racionalismo económico con la escuela de Chicago (M. Friedman) y la Escuela de la elección racional (Olson, Arrow y Buchanan) (Cárdenas, 2018). De allí se desprende la tendencia del análisis económico del derecho por parte de autores como Ronald Coase y Richard Allen Posner y sus representantes economistas son

Gary Becker y Robert Cooter (Cárdenas, 2018). Este movimiento no quiere limitarse “a la reconstrucción de un modelo jurídico-económico de ciencia jurídica, con sus presupuestos teóricos y epistemológicos, pues hace falta reconstruir también, y preliminarmente, los modelos meta-jurisprudenciales más relevantes en la cultura jurídica norteamericana del siglo XX: el modelo formalista y los modelos realistas” (Chiassoni, 2013, p. 12).

El modelo económico del derecho es una corriente muy controvertida y discutida, pues algunos autores creen que es un nuevo formalismo (Grant Gilmore), mientras que Bruce Ackerman cree que es parte del realismo, otros dicen que es un movimiento híbrido entre realismo y formalismo (Joseph Singer, Gary Minda) (Chiassoni, 2013, p. 12). Pero más allá de dicha discusión, podemos decir que los postulados principales de este modelo son: a) Objetividad del derecho positivo y sistematización de normas e instituciones, b) Naturaleza sistemática del derecho, no hay antinomias ni anomias, c) Cognoscitividad interpretativa, el adecuado conocimiento del contenido del derecho se obtiene a través de la interpretación, el razonamiento interpretativo y la hermenéutica son básicos, d) Cognoscitividad doctrinal, el derecho es una ciencia, e) Cognoscitividad jurisdiccional, la aplicación judicial del derecho es un proceso puramente cognoscitivo de interpretación del derecho y de los hechos (Chiassoni, p. 13, 14).

Otra corriente del realismo jurídico anglosajón es la del materialismo en el marco de la Escuela de Frankfurt de segunda generación con J. Habermas y O. Apel, cuyo enfoque es la *Critical Legal Studies* en cabeza de Roberto Mangabeira Unger y Duncan Kennedy, entre la década de los sesenta y setenta (Cárdenas, 2018). Desde esta corriente, se considera que la argumentación jurídica recae en el juzgador y que por ello sus decisiones no son tan neutrales como la apariencia de legalidad pretende mostrar, pues existen otros elementos y mecanismos que deben tomarse en consideración para evitar la excesiva discrecionalidad del juzgador, en especial en temas de feminismo, raza, relaciones de poder, educación jurídica y cultura (Robles y Tovar, 2016).

Finalmente, dentro de la corriente del realismo jurídico anglosajón está la corriente del neocontractualismo de John Rawls, y de la axiología realista de Martha C. Nussbaum (Cárdenas, 2018). En el caso

de Rawls, destaca por sus contribuciones a la teoría de justicia del liberalismo igualitario con tesis como la posición original y el velo de la ignorancia, y el enfoque de la justicia como equidad. Además, tiene aportes a la filosofía política (Squella, 2014). Por su parte, Nussbaum destaca por su modelo de racionalidad que va más allá del positivismo exacerbado y que toma en cuenta las emociones y las capacidades como una propuesta que incluye a los animales “no humanos” dentro del contenido de derechos y de justicia, y como deber del Estado (Martínez, 2015).

Además, podemos mencionar a la axiología crítica de Nancy Fraser, cuyos trabajos giran en torno a los contenidos de una teoría feminista-socialista del Estado de bienestar, basado en la experiencia de los movimientos feministas y en la reivindicación de derechos (Castillo, 1994); y, el neocontractualismo crítico de Carole Pateman, (Cárdenas, 2018), el cual ejerce una crítica férrea a la teoría del liberalismo del contrato social y su pretendida neutralidad moral, y pone en tela de juicio la separación entre lo público y lo privado (Di Tullio, 2015, p.17).

En resumen, sobre el realismo jurídico anglo sajón podemos decir que, aunque las perspectivas fueron diversas, en cuanto a su interpretación del Derecho, todos lograron construir diseños sociales que mejoren el funcionamiento de la sociedad en democracia. Todos criticaron al derecho debido al abismo existente entre la norma jurídica y la realidad, ya que se evidencia la falta de correspondencia entre el carácter abstracto de las normas generales y la individualidad de los casos concretos. Se demostró que el Derecho parte de la realidad social y que es interdisciplinario. El juez se convirtió en la figura principal del derecho ya que a través de sus decisiones crean y modifican el Derecho.

- c) **Realismo jurídico escandinavo.**— El realismo jurídico escandinavo, surge con la escuela de Uppsala en Suecia, sus principales representantes son: Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt y Karl Olivecrona. Esta escuela fue inspirada en el positivismo lógico, rechaza la metafísica y el idealismo, considera que el material que compone lo jurídico es real en la medida en que es observable y experimentable (Cárdenas, 2018). El realismo jurídico escandinavo a diferencia de su par el realismo jurídico norteamericano incluye dentro del análisis del derecho

las concepciones psicológicas del juez, sin limitarse únicamente a los hechos.

Axel Hägerström fundador de la escuela de Uppsala, considera que la norma es válida, y por ende existente, si es parte de un determinado grupo social, en especial, si es observada y vinculante para las personas encargadas de la administración de justicia (Campo, 2009). Hägerström citado por De la Torre (2008), considera que el “Derecho es una fuerza que se traduce en las normas jurídicas, las cuales son resultantes de un complejo juego de fuerzas sociales”, ir más allá de eso significa magia o metafísica (p. 124). Es por eso, que para Hägerström, “el llamado “juicio de valor” no es más que una expresión de los sentimientos” (Campo, 2009, p. 210). La afirmación de Hägerström sobre el Derecho como reglas imperativas, le permite criticar “la concepción del Derecho como manifestación de voluntad, especialmente como voluntad de Estado”, ya que dice que la aplicación de la legislación en casos concretos no puede reducirse al simple silogismo jurídico (Campo, 2009, p. 210).

De la última idea citada, se derivan las teorías de otros exponentes del realismo escandinavo tales como Lundstedt y Olivecrona. Para Lundstedt, la única realidad concreta está constituida por la máquina del derecho, por su fuerza y objetivos sociales, evitando los discursos abstractos y metafísicos. El autor propone una política de Derecho basada en el bienestar social, en la que los valores sociales sean tutelados mediante instrumentos jurídicos (Campo, 2009, p. 210, 211). Por su parte, Olivecrona analiza el derecho desde una perspectiva lingüística de tipo analítico, diciendo que el lenguaje jurídico no es únicamente descriptivo, sino también prescriptivo (Campo, 2009, p. 210). Olivecrona también considera que el Derecho es una máquina que transforma y dirige la conducta de los ciudadanos frente a la Constitución, como una especie de norma psicológica fundamental (Campo, 2009, p. 211). Considera que el único derecho válido y verdadero es el que vincula una sociedad y le permite la observancia de la norma por parte de los administradores de justicia.

Otra corriente parte del realismo jurídico escandinavo tiene como representantes al sociólogo Theodor Geiger, quien es originario de

Dinamarca y dialoga con los representantes de la escuela de Uppsala en torno a la relación moral del derecho, “marcando sus diferencias, anteponiendo el *phatos* social al logos normativo con tendencia legalista” (Cárdenas, 2018, p.3). Geiger critica el hecho de que las normas sean meras expresiones de deseos o de representaciones sin importancia que cobran importancia solo por los acontecimientos, pues dice que esto es un acto de fe que hace perder la importancia de la norma, apoyándose “sobre un realismo mal entendido en la medida que la presunta antítesis norma-realidad no existe y no es posible” (Campo, 2009, p. 202). Finalmente, tenemos a Alf Ross como el principal representante de la escuela de Copenhague, para este autor, el Derecho debería ser visto como un juego de ajedrez, cuyos contenidos corresponden a diversos actos sociales. El marco normativo debería guiar al juez, sin dejar la realidad, los actores de poder externo y el contenido histórico de lado. En definitiva, el Derecho debe ser observado desde la experiencia y no solo desde la norma (Campo, 2009, p. 212). Alf Ross tiene una crítica en contra de la teoría positivista de la validez, sobre la cual recaen creencias mágico religiosas de obediencia obligatoria, a pesar de la existencia de una norma injusta; tal y como, se justificó en la II Guerra Mundial. Es por eso que acusó a su antiguo maestro de que la validez no puede usarse como obligatoriedad, ya que esto recae en un positivismo ideológico (Barberis, 2015).

2. Bibliografía

- Barberis, M. (2015). El realismo jurídico Europeo-Continental, UNAM, México. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/9.pdf>
- Campos, F (2009). Nociones fundamentales del realismo jurídico. Revista de Ciencias Jurídicas No.122 (191-220). Ver en file:///C:/Users/ACER/AppData/Local/Temp/13562-Texto%20del%20art%C3%A1culo-23105-1-10-20140220.pdf
- Castillo, R. (1994). El feminismo pragmatista de Nancy Fraser: Crítica cultural y género en el capitalismo. UNED, España, pp. 257.294.

- Chiassoni, P. (2013). El análisis económico del derecho, Palestra, Lima. Disponible en: https://www.marcialpons.es/media/pdf/analisis_economico_Derecho.pdf
- De la Torre Rangel, J. (2008). Apuntes para una introducción filosófica del derecho”. Temis, Bolivia.
- Dewey, J. (2016). La filosofía americana y el pragmatismo. UPN. Ver en: https://www.researchgate.net/publication/292145807_John_Dewey_la_filosofia_americana_y_el_pragmatismo
- Di Tullio, A. (2015). Teoría Feminista y liberalismo: el devenir de una relación problemática. Universidad de Barcelona, Tesis, España. Ver en: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/96485/1/ALDTA_TESIS.pdf
- Duguit, L. (2008). El pragmatismo jurídico. Ed. Coyoacán. Colección derecho y sociedad. México.
- Jiménez, R. (2013). Una defensa del positivismo jurídico (excluyente). Isonomía, No. 39, México. Ver en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182013000200004
- Leiter, B. (2013), “Legal Realism: Old and New”, Valparaíso Law Review, Vol. 47, No. 4, pp. 67-81.
- Rodríguez, M. (2018). ¿Es la certeza jurídica un mito? La propuesta del realismo jurídico americano. Revista Dikaiosyne No. 33. Edición en homenaje al profesor Andrés Suzzarini. Universidad de los Andes. Venezuela, pp. 61-85.
- Salamanca, A. (2018). El fetiche jurídico del capital: expansión imperialista de su hegemonía sistémica a través de los estudios de derecho, IAEN, Quito.
- Stroll (2002). La filosofía analítica del siglo XX. siglo XXI de España editores, S. A. Príncipe de Vergata, Madrid.

Capítulo 6

Las concepciones del derecho. Análisis desde el normativismo hasta la praxis normativa

Parte 3: Derecho e iusmaterialismo

Alex Valle Franco

Paulina Monserrath Ramón Vargas

1. El pluralismo jurídico

Según Antonio Carlos Wolkmer (2014), los procesos actuales de globalización del capitalismo y los mecanismos de dominación y de exclusión, hacen necesarias nuevas /diversas formas de pensar el derecho como herramienta contra hegemónica de dichos procesos. Esa necesidad surge además porque los procesos de exclusión, marginación y de monopolio de la riqueza han sido avalados por el derecho positivo tal y como lo conocemos, por ello se requiere el reconocimiento de diversas normatividades.

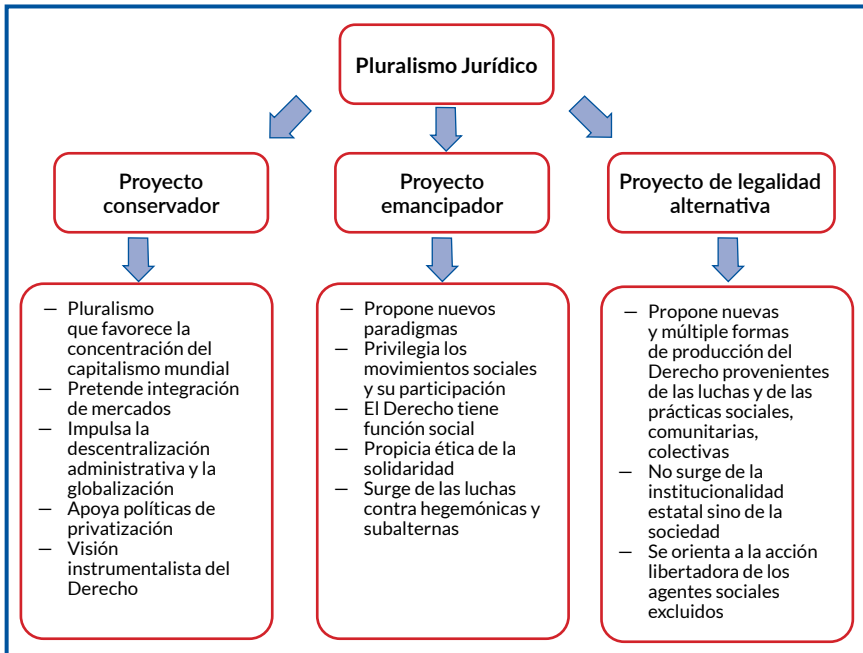
Wolkmer afirma (2014) que el pluralismo puede incluir diversos sistemas propios y auténticos, generados por las fuerzas sociales plurales, pudiendo estas, estar o no reconocidas por el Estado o controladas y reconocidas por este. La crisis del actual modelo según Wolkmer (2001) se debe a:

- a) la crisis del modelo fordista-keynesiano y la globalización de la acumulación flexible; b) el desarrollo del neo americanismo; c) el debilitamiento de los estados nacionales latino americanos junto con los procesos de descentralización administrativa; d) la crisis del trabajador de masa y las nuevas luchas sociales (p. 350-357).

En ese sentido, el pluralismo jurídico incluye la justicia indígena, la justicia comunitaria, las formas de ejercer justicia en favelas o secciones territoriales especiales, entre otras. Es decir, que más allá del reconocimiento estatal, estas formas o mecanismos paralelos de justicia se dan en la práctica, debido a que el Estado no está presente en todas las secciones territoriales del país, y esos grupos necesitan de un mecanismo cercano y rápido de regular sus relaciones. No quiero decir que justifico todas de estas formas, solo que existen en la realidad y se ejercen en la práctica más allá del positivismo que es la única forma que ofrece el monismo jurídico. Según Wolkmer (2003), el Pluralismo Jurídico puede presentarse como:

- a) Proyecto conservador
- b) Proyecto emancipador
- c) Proyecto de Legalidad Alternativa

Figura 19. Características del Pluralismo Jurídico



Elaboración: Alex Valle Franco, 2021

a) Pluralismo como proyecto conservador

Wolkmer (2003) considera que este es un pluralismo camuflado de posmodernidad que en apariencia pretende dejar de lado un pluralismo corporativista medieval, liberal, excluyente, es en verdad un pluralismo que favorece la concentración del “capitalismo mundial”. En ese sentido, se pretende “integrar mercados, la descentralización administrativa, la globalización y acumulación flexible de capital, formación de bloques económicos, políticas de privatización, dirección informal de servicios, regulación social reflexiva y supranacional etc.” (p. 8.9)

Este pluralismo de corte conservador se contraponen radicalmente al pluralismo progresista ya que inviabiliza la organización de las masas y la participación de la sociedad civil Wolkmer (2003). El derecho desde este enfoque es visto con una “visión instrumentalista del Derecho” para mantener el *statu quo* de las élites dominantes, aquí sigue predominando el positivismo jurídico.

b) Pluralismo como proyecto emancipador

Este tipo de pluralismo según Wolkmer (2003) debe tener varios elementos. En primer lugar, se señala la cuestión de nuevos sujetos sociales con la propuesta de nuevos paradigmas, desde lo colectivo, desde la autodeterminación y la libertad. Aquí se privilegian los movimientos sociales y su participación, además se justifica el sistema de “necesidades” “como producto de las carencias primarias, de luchas y conflictos engendrados por la división social del trabajo y por exigencias de bienes y servicios vinculados a la vida productiva” (p. 12). En ese sentido, el derecho cobra un mayor protagonismo en lo que tiene que ver con su función social y de respuesta a las necesidades reales de la colectividad y no de élites.

Para Wolkmer (2003) el pluralismo comunitario debe viabilizar las condiciones para la implementación de una política democrática que permita una ética de la solidaridad “que se traduce concepciones valorativas que emergen de las propias luchas, conflictos e intereses de nuevos sujetos insurgentes en permanente afirmación” (13). Por eso Wolkmer (2003) concluye diciendo que “la ética de la solidaridad es la ética antropológica de la liberación que parte de las necesidades de los segmentos” (13).

Finalmente, Wolkmer (2003) concluye diciendo que se necesita de una racionalidad de carácter emancipatoria que incluya a la identidad cultural como exigencia y afirmación de libertad de los pueblos y comunidades. Bajo este enfoque, bien se entienden las formas de derecho propias de las comunidades indígenas, es decir las “justicias indígenas” practicadas como parte de su cultura.

c) **Pluralismo como proyecto de legalidad alternativa en el marco de la teoría crítica del derecho**

Sobre este último aspecto, Wolkmer (2003) se refiere a las nuevas y múltiples formas de producción del Derecho provenientes de las luchas y de las prácticas sociales, comunitarias, colectivas que son independientes del monismo jurídico o que parten desde allí con una nueva propuesta. Por esta razón su origen no nace “en los Tribunales, ni en las Asambleas Legislativas ni en las Escuelas de Derecho sino en el seno de la propia comunidad, que son los nuevos sujetos sociales” (p. 15).

Por lo arriba mencionado, se origina una nueva lógica y una nueva forma de concebir la “justicia” que nace de las prácticas sociales y que pasa a orientar la acción libertadora de los agentes sociales excluidos. Se rompe con la configuración mítica de que el Derecho emana sólo de la norma estatal, instaurándose la idea consensual del Derecho como un “acuerdo”, producto de necesidades, confrontaciones y reivindicaciones de las fuerzas sociales en la arena social, y política. Este llamado pluralismo de la legalidad alternativa ha originado diversas corrientes de entender el Derecho desde una teoría crítica y alterna al modelo monista tradicional.

c.1. Sobre la teoría crítica del derecho

Para Antonio Carlos Wolkmer (2017), la Teoría Crítica del Derecho no es nueva y tiene varias vertientes. Por un lado, tiene su origen en la Escuela de Fráncfort con un grupo de pensadores como: Adorno, Horkheimer, Benjamín, quienes empezaron a reflexionar sobre la sociedad contemporánea, la necesidad de buscar una nueva teoría de la sociedad y una crítica a la modernidad. La mencionada Escuela de Fráncfort está en oposición a las perspectivas y teorías tradicionales que ofrecía el iusnaturalismo o racionalismo metafísico-natural, y el iuspositivismo jurídico o racionalismo lógico-instrumental (p. 24-27). Como consecuencia de

ello, surge el modelo científico de la interdisciplinariedad (Bélgica), la sociedad jurídica de matriz neo marxista (España, Chile, Colombia, Brasil), la crítica psicoanalítica del Derecho y la semiología Jurídica (Argentina y Brasil), entre otras. Por otro lado, tenemos entre las décadas de 1970 hasta 1990, cuatro grandes ejes epistemológicos (Wolkmer, 2017, p.57-58):

- a) Criminal Legal Studies: movimiento con importante influencia en la cultura angloamericana que intenta desmitificar la Teoría jurídica (TJ) liberal norteamericana al mostrar hasta qué punto se afecta su grado de desarrollo con las relaciones de poder y con las ideologías dominantes, señalando la falacia de la neutralidad y la complicidad de los jueces.
- b) Association “Critique du Droit”: surge y se desarrolla en Francia, con gran aceptación en América Latina (principalmente México y Brasil), propone una Teoría Jurídica opuesta al individualismo formalista y al positivismo normativista, aproximándose a la ciencia política y priorizando el materialismo histórico como referencial metodológico.
- c) Uso alternativo del Derecho: En Europa tienen una postura crítica iniciada en Italia, adoptada posteriormente en España y por otros juristas europeos y latinoamericanos, contiene posturas que reflejan reacciones anti positivistas con la pretensión de transformación social y que buscan reordenar la racionalidad. El Derecho crítico es la forma de emancipación humana, utopía concreta y praxis liberadora. En América Latina, los movimientos de crítica jurídica latinoamericana han priorizado temas como prácticas alternativas del Derecho, derechos humanos, asesoría jurídica popular, pluralismo legal indígena, justicia comunitaria, Estado plurinacional y constitucionalismo andino.
- d) Enfoques epistemológicos de crítica jurídica, que tienen por objeto revisar diversas perspectivas epistemológicas para diagnosticar el legado tradicional del derecho, sus características normativas, centralizadoras, conservadoras propias del positivismo o del naturalismo y que reproducen esquemas encubiertos tradicionales (Wolkmer, 2013, 32).

Adicionalmente, existen tendencias del pensamiento crítico del derecho que trascienden los horizontes eurocéntricos y llegan hasta Latinoamérica, especialmente a Chile, Brasil, México, Argentina, Colombia, Bolivia y Ecuador.

En Chile, la trayectoria de la crítica jurídica aparece en los trabajos de Eduardo Novoa Monreal, Manuel Jacques P. y Milka Castro Lucie. Sobre Novoa, se puede destacar su gran contribución a la nacionalización de las cupríferas de cobre en 1971 previa indemnización (Wolkmer, 2017, p. 101). Novoa afirmó que la nacionalización era un camino para la recuperación del derecho permanente sobre los recursos y riquezas naturales dentro de un Estado, esto se basaba en que el Estado se convierte en un representante de la comunidad y se pone al servicio de la comunidad y no del interés particular. Finalmente, Novoa afirma que “El Derecho es un obstáculo al Cambio Social”, porque tiene la incapacidad para convertirse en un instrumento eficiente dentro de una organización social y no puede calmar los requerimientos de la comunidad debido a que reproduce los valores y conceptos del liberalismo conservador (Wolkmer, 2017, p. 101-102).

Conectada con la referida concepción de Derecho, el profesor chileno Manuel Jacques P., quien es un comprometido con las prácticas y los servicios legales alternativos, propone una defensa orientada a la satisfacción de “necesidades fundamentales”. Es decir, a los temas de: “sobrevivencia, subsistencia y realización del individuo y de la persona humana”, para lograr un proyecto de real liberación, socializando el derecho y edificando la normatividad a partir de las realidades cotidianas (Wolkmer, 2017, p. 102-103). Este autor propone una metodología para los llamados “servicios legales alternativos” para apoyar con patrocinio jurídico a las comunidades, es decir, un derecho cercano a las personas. Concomitante con ello, la chilena Milka Castro Lucie, apoya la práctica jurídica de sistemas plurales e interculturales, en los cuales la libre determinación de los pueblos se exprese en mecanismos de toma de decisión con base en la interpretación intercultural. Así el Derecho, se aprecia desde un proyecto de Buen Vivir ligado a un horizonte cultural (Wolkmer, 2017, p. 103).

En Brasil destacan los juristas Walat, Carlos Plastino, Enrique Zuleta, Gisele Citadino, Leonel Rocha, Roberto Lyra Philo, entre otros. Sobre Lyra podemos decir que fundó la nueva Escuela Jurídica Brasileña (NAIR) y que propuso un Derecho sobre la base de un humanismo marxista y un pluralismo jurídico insurgente no estatal para dignificar a los oprimidos. Wolkmer

(2003), indica que Lyra estuvo influenciado inicialmente por Hegel, Henrique C. Lima Vaz, João Mangabeira, Karl Marx, y posteriormente por el idealismo alemán, y el sociologismo jurídico de E. Ehrlich (p. 101). Lyra propuso desarrollar una dialéctica social de la Ley (sociología jurídica) para que pueda mejorar y superar los vicios de las ideologías jurídicas actuales (iusnaturalismo, positivismo legalista), encontrando su esencia en el entorno social (hechos) y no en las elucubraciones normativas (Wolkmer, 2003). Lyra también es partidario del pluralismo jurídico insurgente no estatal para dignificar el derecho de los oprimidos y de los despojados. En definitiva, el Derecho es visto como un mecanismo de liberación de los oprimidos, de terminación de la división de clases entre dominantes y dominados, por medio del denominado “humanismo dialéctico”, relacionado con la praxis jurídica, con la lucha de pueblos, clases, grupos e individuos marginados y víctimas de la opresión” (Wolkmer, 2003 p. 103).

En México, destacan varios autores; tales como: Oscar Correas, Jesús de la Torre Rengel, Fernando Tenorio, Alicia González, Augusto Sánchez, Arturo Breumen, Alma Melgarito, Daniel Sandoval, Alejandro Rosillo.

Con relación a Oscar Correas (argentino radicado en México), Wolkmer (2017) dice que el autor realiza una crítica al derecho moderno y se opone a la ciencia jurídica formal del positivismo. Por su parte, La Teoría jurídica crítica de J. de la Torre, va destinada a la liberación popular latinoamericana, apostando a una teoría puesta al servicio de los oprimidos. Destaca la propuesta del Derecho como forma social sin reducirse al fenómeno económico esencial, ni a la forma dictada por el Estado ni por la exigencia de reproducción del capital (p. 95).

Sobre Jesús Antonio de la Torre Rangel, destaca Wolkmer (2017) la propuesta del Derecho como arma de liberación en América Latina cuyos contenidos tienen como base la filosofía de la liberación. Asume el Derecho desde una perspectiva de los oprimidos como sus creadores, dejando de lado el derecho positivo y el monismo vigente. La propuesta de Alejandro Rosillo (2011), tiene que ver con los Derechos Humanos desde el pensamiento latinoamericano de la liberación.

Con relación al autor Carlos Antonio Wolkmer, el mismo De la Torre Rangel (1998) lo describe como el pionero en la propuesta del “derecho alternativo”, como un enfoque propio del pluralismo jurídico cuyo fin es que el derecho debe nacer del pueblo. De esta forma, la juridicidad producida en

el seno de los “grupos sociales, como los usos y costumbres de los pueblos indígenas o el derecho que se ha dado a sí mismo” sirve para organizarse; un caso de ello, es el del Movimiento de los Trabajadores sin Tierra (MST).

Una de las recientes obras de Wolkmer, es la “Teoría Crítica del Derecho desde América Latina”, la cual recoge precisamente todo el origen, desarrollo, enfoques y autores que desde el Sur proponen nuevas formas de pensar y ejercer el derecho, formas que desafían el statu quo del monismo y del positivismo jurídico. De hecho, el presente artículo en esta última parte recoge una buena parte de su trabajo debido a que este es el más completo en la sistematización de la referida propuesta.

En Argentina el pensamiento crítico según Wolkmer (2017) no es abundante ni colectivo debido a toda la época de represión y discriminación política de los regímenes militares, sin embargo, entre los que destacan son Enrique Zuleta, Carlos Cárcova, Eduardo Marí y Roberto Bergalli. Para Enrique Zuleta Puceiro, el análisis del Derecho como ciencia social debe incluir la científicidad, objetividad y el cognitivismo. Sobresale por su propuesta racionalista de entender al Derecho como un legado cultural y por el uso del método de interpretación teológico que va más allá del simple silogismo jurídico e incluye valores jurídicos que están en la ley.

Por su parte, Roberto Bergalli, destacado criminólogo contribuye a los derechos humanos y al sistema de rehabilitación social, criticando fuertemente el sistema de disciplinamiento y la ausencia de un trato con base a la dignidad personal (p. 112). Cárcova, citado por Wolkmer (2017) determina que el derecho debe ser entendido desde una perspectiva materialista, desde la totalidad social y desde el discurso interdisciplinario de intersección de distintos saberes (p. 113).

En Colombia, sus principales representantes son Víctor Moncayo, José Rodríguez, Germán Palacio, Fernando Rojas, Andrés Botero, Quiñónez Páez (Wolkmer, 2017). Respecto de Fernando Rojas Hurtado (1988), éste es reconocido por su obra “Comparaciones entre las Tendencias de los Servicios Legales de Norteamérica, Europa y América Latina”. El autor critica el profundo colonialismo y dependencia de Norte América y el gobierno de las élites. Su principal contribución es con respecto a los servicios legales con sentido social y cuya contribución puede marcar la diferencia en el ejercicio de derechos.

En Bolivia, destacan Álvaro García Linera, Luis Tapia, Chivi Vargas, Farit Rojas, Ramiro Molina, Juan Ramos Mamani, Marcelo Fernández Osco, entre otros. Respecto a Marcelo Fernández Osco (2001) según cita Wolkmer (2017) es un indígena crítico del derecho occidental que considera que el derecho de los pueblos indígenas es mucho más eficaz porque éste contempla valores comunitarios y permite llegar a mejores acuerdos. Entre sus principales obras está la “Ley del Ayllu: justicia de acuerdos”, en la que refiere la importancia de los acuerdos sociales que surgen desde las principales fuentes de control frente a infracciones; como son: la casa, la familia. Además, afirma que los principales juzgadores frente al cometimiento de infracciones son los padres como gestores de los valores sociales.

En Ecuador, los principales representantes mencionados por Wolkmer (2017) son Juan Montaña, Gina Chávez, Antonio Salamanca, Marcos Navas, Agustín Grijalva, Ramiro Ávila, Raúl Llasag, Luis Ávila. De quien me permitiré narrar brevemente es del español Antonio Salamanca, quien con contribuciones como el “El fetiche jurídico del capital: expansión imperialista de su hegemonía sistémica a través de los estudios de derecho”, obra en la cual expone el colonialismo jurídico positivista y occidental de los últimos siglos, como un mecanismo de homogeneización del derecho y del poder capitalista.

En su obra la “Teoría Socialista del Derecho”, propone una seria crítica al positivismo tradicional y al monismo jurídico hegemónico, promoviendo un uso alternativo del derecho, desde abajo y desde lo que el autor denomina la teoría de las necesidades.

La Teoría Socialista del Derecho, concibe un Derecho centrado en la vida misma –conflictiva– de los pueblos, su “historia de producción y de reproducción” generada para la vida de dichos pueblos por medio de un sistema de capacidades y necesidades materiales (Salamanca, 2011, 552). Esta teoría se la plantea desde la praxis de los pueblos y de sus acciones, tomando en cuenta la pluralidad.

Como se puede apreciar en los párrafos anteriores, el pluralismo jurídico se origina, desarrolla y ejerce por fuera de las instituciones y actores tradicionales del derecho, y radica su centro en las personas, su comunidad e individualidad, como fuente de un derecho no positivo, no escrito pero un Derecho vivo que responde a las necesidades porque es construido desde abajo, desde la realidad y no desde el dogma positivista. En ese sentido, es

natural que cree resistencia entre los dogmáticos del derecho y aquellos que son parte de la hegemonía tradicional. Sin embargo, se debe advertir que es una corriente relativamente nueva que gana adeptos día a día no por su novedad sino por su practicidad y eficacia.

Figura 20. Teoría crítica en América Latina



Elaboración: Alex Valle Franco, 2021.

2. Conclusiones generales de los tres acápite de derecho

El estudio del derecho y sus diversas formas de pensarlo pasa por más de una dificultad, debido a su carácter problemático y complejo, partiendo desde la interpretación literal de la palabra derecho, la cual es polisémica y en algunos casos genera ambigüedad; y en otros casos, llegando a interpretaciones de su contenido y atribuyéndole significados como pretensión, facultad respecto de derechos subjetivos o personales.

Las clasificaciones sobre el derecho como sistema de convivencia o sistema de control social son tan variadas como tan variados son los autores que las han abordado desde diversas perspectivas, enfoques y teorías. Sin embargo, casi todas parten desde un derecho conservador, tradicional, que generalmente ha sido reconocido no solo por sus destinatarios sino principalmente por el poder estatal. Esto ha significado que se deje de lado el hecho de que el derecho es más que una norma o un texto de ley escrito en un código, redactado por una autoridad y reconocido por el poder. En ese sentido, se desconoce la tradición histórica del derecho vivo que viene de la praxis de la vida de los pueblos que han tenido sus propios mecanismos de convivencia no escrito, previo el apareamiento del derecho positivo.

Los diversos enfoques y la lucha aparente entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo dejan una reflexión impactante, en el sentido de que muchos estudiosos del derecho se han preocupado más por su sentido técnico, la obediencia ciega al texto normativo o al voluntarismo jurídico, que, por el objeto final del derecho, que es la justicia social, la convivialidad de los seres humanos con dignidad y respeto. En ese sentido, la complementariedad de los aspectos positivos del derecho natural, el derecho positivo, e incluso el pluralismo jurídico pueden dar resultados más efectivos y adecuados que solo en sus fines particulares.

La búsqueda de un derecho positivo altamente técnico –científico que desconoce la metafísica, la axiología y pretende posicionarse desde la neutralidad axiológica, comete los errores que critica, pues la neutralidad axiológica desde el sentido humano y su propia construcción no es posible, así como el desprendimiento total o parcial de los valores o los sentimientos humanos, pues si el derecho es un constructo humano, mal puede deshumanizarse en la búsqueda de su rigor científico. Respecto de la repulsión a lo metafísico y al excesivo dogmatismo, el positivismo ha convertido los textos de la ley en mantras sagrados y de fe, los cuales a pesar de contenidos tiránicos o injustos deben ser observados porque se afirma que la ley es la ley, dejando de lado cualquier margen de crítica o desestructuración.

Algunas tendencias del positivismo, aunque tengan mayor apertura que el racionalismo normativo, no dejan en esencia el escepticismo cognitivo, el voluntarismo ni su raigambre legicéntrico, sin embargo, son un aporte interesante que abre la mente al abogado que piensa que los hechos y la realidad no son fundamentales al momento de interpretar y ejercer el derecho.

Las nuevas corrientes del derecho y las nuevas formas de pensarlo, o el rebrote de antiguas y tradicionales formas de pensar el derecho no surgen únicamente como alguna moda jurídica o gusto de figurar de sus autores, sino que surgen como respuesta a un sistema monista hegemónico en decadencia, que ha mostrado su ineffectividad al momento de la praxis normativa. En ese sentido, el pluralismo jurídico, las teorías críticas del derecho y las nuevas formas de pensar del derecho surge como respuesta a la necesidad de los pueblos de tener formas de regulación que surjan desde abajo, desde fuera de una institucionalidad inerte y alejada de lo humano, de lo social y de lo comunitario, dando respuestas más cercanas y humanas a las personas.

Los injertos jurídicos fruto del colonialismo científico en el ámbito jurídico no han dado respuestas a los pueblos de Latinoamérica, simplemente porque los contextos políticos, jurídicos, económicos no son los mismos, y su implementación ha dado lugar únicamente a distorsiones en el ejercicio de derechos o a interpretaciones arbitrarias por parte de los grupos de poder que encuentran en ese derecho una forma de dominación que está respaldada por el poder público. En ese sentido, es tarea de todos los juristas actuales y progresistas estudiar el derecho más allá de las normas, alejarse del fetiche jurídico, y acercarse a un derecho más humano que sea construido desde abajo, desde lo subalterno y desde la necesidad de cada población, solo así daremos lugar a una herramienta tan manipulada e indispensable para la convivencia del ser humano.

3. Bibliografía

- Fernández, M. (2001). La ley del Ayllu. Justicia de Acuerdos, Tinkasos Nro.9, Bolivia, pp. 11-30.
- Martínez, P. (2015). El «enfoque de las capacidades» de Martha Nussbaum frente el problema de la ética animal. VERITAS, N° 33 (septiembre 2015) 71-87 ISSN 0717-4675. Universidad de Playa Ancha (Chile). Ver en: https://www.researchgate.net/publication/283538113_El_enfoque_de_las_capacidades_de_Martha_Nussbaum_frente_el_problema_de_la_etica_animal/link/56881dac08ae19758398ec6a/download

- Martínez, N. (2003). Aportaciones de la escuela de Salamanca al reconocimiento de los derechos humanos. Cuadernos salmantinos de filosofía, No. 30. Escuela de Salamanca y el Pensamiento Iberoamericano: teoría y praxis, p. 491-520.
- Robles, J. y Tovar, Y. (2016). Teoría Jurídica Crítica Norteamericana. Una introducción a los Critical Legal Studies. UNAM, México.
- Rojas, F. (1988). Comparaciones entre las Tendencias de los Servicios Legales de Norteamérica, Europa y América Latina, ILSA, Colombia, p.7-18.
- Salamanca, A. (2011). Teoría Socialista del Derecho. Editorial Jurídica Ecuador, Quito.
- Wolkmer, A. (2001). Pluralismo jurídico – Fundamentos de una nueva cultura en el Derecho. 3. ed. San Pablo: Alfa-Omega, p. 350-357.
- Wolkmer, A. (2003). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina Título. CENEJUS, CALCSO, Argentina.
- Wolkmer, A. (2003a). Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico. Bogotá: Publicaciones ILSA.
- Wolkmer, A. (2014). Pluralismo jurídico, derechos humanos y globalización. Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil. Ver en: <http://derecho.udla.edu.ec/calamo/images/revistas-pdf/calamo-2/articulos/Antonio%20Carlos%20Wolkmer-PLURALISMO%20JUR%20C3%8DDICO,%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20GLOBALIZACI%20C3%93N.pdf>
- Wolkmer, A. (2017). Teoría Crítica del Derecho desde América Latina, AKAL, Colombia.

Capítulo 7

¿Qué es y para qué investigar sobre el Derecho?

Alex Valle Franco

1. Introducción

El presente trabajo se centra en la investigación especializada en el área jurídica, pero tiene por objeto presentar una nueva perspectiva de investigar el derecho desde un enfoque no tradicional y hegemónico. En primer término, se identifican y diferencian los conceptos de investigación, investigación científica e investigación científica jurídica. Sobre esta última definición se desarrollarán las preguntas planteadas en el título ¿Qué es y para qué investigar sobre el Derecho?, desde dos perspectivas. La primera perspectiva tiene que ver con lo que se entiende investigar derecho desde el sistema monista, normativista, tradicional de las ciencias jurídicas; propia de las corrientes iusnaturalista, iuspositivista y del pragmatismo y realismo jurídico. La segunda perspectiva, plantea un panorama mucho más amplio de lo que debe entenderse el investigar en derecho, desde una mirada pluralista e interdisciplinar que trasciende la exégesis dogmática. En este punto, se destaca la investigación desde el pluralismo jurídico alternativo, no tradicional, como una posibilidad de responder a un sistema de necesidades/capacidades característico de un derecho en acción, un derecho vivo de los pueblos. En cada una de las corrientes se incluyen temas y ejemplos de lo que significa investigar desde cada enfoque. Finalmente, se presentarán

conclusiones de la comparación obtenida entre los dos enfoques, para que el lector decida de manera informada, cual es el objeto de su estudio, el grado de interdisciplinariedad, pluralidad que quiere darle a su trabajo.

2. Definiciones de investigación, investigación científica e investigación científica jurídica

Tal y como se advirtió en la introducción, partiremos del análisis de la definición de la palabra investigación. Etimológicamente la palabra investigar proviene del latín *investigare*, que significa hacer diligencias, realizar acciones con la finalidad de descubrir alguna cosa (Miranda, 2017). En sentido amplio, dicha definición puede abarcar cualquier tipo de acciones o búsqueda que pretenda encontrar una cosa, una verdad respecto de algún hecho, la confirmación de un presupuesto o la mera satisfacción de la curiosidad personal.

La acción de investigar planteada en el modo amplio, no contempla acciones sistematizadas u organizadas en el marco de una metodología que contemple un propósito o hipótesis comprobable científicamente. En ese sentido, la simple observación de un hecho o fenómeno sin sistematización o uso de algún método científico no permitirán la verificación de los resultados encontrados o simplemente mostrarán resultados que responderán a elementos subjetivos propios del investigador.

Para dar un ejemplo de lo dicho, diremos que Juan de 10 años está interesado en la vida de las hormigas que viven en su patio trasero, debido a dicho interés observa por una hora diaria, durante una semana como se organizan para transportar comida. Al final de la semana Juan tendrá sus propias conclusiones de su experiencia. Al no ser una información sistematizada mediante alguna metodología, los resultados obtenidos por Juan en su observación, serán los que su percepción individual haya almacenado. Si en el mismo caso, pero con intereses diversos, sus hermanos Luis de 15 años y Marco de 19 años, realizan la observación de dichas hormigas, en diversos tiempos y forma, sabemos que ellos tendrán experiencias, percepciones, conocimientos o conclusiones diversas a las de Juan.

En el ejemplo descrito se puede ver que un mismo hecho, analizado en diversas formas, tiempos e intereses, solo muestra las percepciones individuales, debido a la falta de sistematización, acotación, objeto específico de

estudio o método, lo cual no permite que la información recogida pueda ser verificable, objetivizada y mucho menos generalizada. Esto es lo que se denomina en definitiva investigación, pero sin carácter científico porque carece de método y es caótica.

Por otra parte, si la investigación en concreto se somete a un proceso sistemático, organizado, mediante el uso de una metodología determinada, tenemos que sus resultados serán objetivos y verificables por cualquier otra persona (Beroscana, 2011). En ese sentido, si otra persona en una determinada investigación toma los mismos elementos de estudio y sigue los métodos usados, éste debe llegar a las mismas conclusiones. Si este resultado se vuelve verificable por cualquier otro investigador, sus conclusiones o conocimientos, se objetivizan, y ello nos da algún grado de certeza sobre el hecho o fenómeno analizado (Manterola & Otzen, 2011).

Roberto Hernández Sampieri (2014) citando a Kerlinger (1975), concluye que la investigación científica es como cualquier investigación, pero su carácter es más riguroso, sistemático, controlado, empírico, crítico, organizado y se lleva a cabo cuidadosamente. Hernández (2014) hace énfasis en el carácter sistemático y controlado, con la finalidad de no dejar que los hechos recaigan en un análisis de simple casualidad. La investigación sobre lo empírico implica que se basa en hechos o fenómenos de la realidad que son recolectados, por otra parte, sobre que la investigación debe siempre tener un valor crítico, significa que permita no solo evaluar los datos o resultados, sino mejorarlos. Los dos propósitos principales según este autor son: “a) producir conocimiento y teorías (investigación básica); y, b) resolver problemas (investigación aplicada)” (XXIV).

Para Antonio Salamanca (2015), la investigación científica hace posible “una explicación inquisitiva, mensurada, en profundidad y verificada, probada o falsada, de parte de la realidad –y no el conjunto de opiniones o creencias coyunturalmente y mayoritariamente compartidas–” (p. 63).

En el marco de los dos conceptos, se puede identificar que la investigación científica como un proceso ordenado, técnico, controlado, concreto, que permite desarrollar nuevos conocimientos, cuestionar los existentes, perfeccionarlos y hasta reemplazarlos, evitando caer en la subjetividad de paradigmas impuestos mayoritariamente, por la fuerza o de origen colonial.

El dinamismo y las transformaciones que permite el conocimiento científico ha permitido la evolución de la humanidad respecto de la forma de ver el mundo, de vivirlo y de enfrentarlo. En definitiva, la investigación científica como herramienta de cambio, permite obtener resultados verificables, que se pueden generalizar y usar con certeza para la resolución del problema o fenómeno investigado (Bunge, 2017).

Para hablar ahora sobre la investigación científica en materia jurídica, me permito citar el concepto de Covarrubias Dueñas (2014), quien define a la investigación jurídica como:

el proceso social y técnico científico cuyo objeto epistemológico es el estudio de un fenómeno social a la luz del derecho, sea *a priori* o *a posteriori*, conforme a una metodología propia y demás circunstancias específicas dentro de un tiempo y espacio determinados (p. 3).

Según lo arriba manifestado, la investigación jurídica, es parte de la investigación científica, solo que tiene como objeto de estudio al campo del Derecho. Es en esta segunda parte, en la cual surgen divergencias sobre las interpretaciones de lo que debe entenderse por “Derecho”, debido a la amplitud de significados que puede producir según el enfoque o corriente desde el cual se parta. Por lo mencionado, el derecho entendido desde el iusnaturalismo, el iuspositivismo, el realismo o pragmatismo jurídico o desde el pluralismo alternativo-materialismo, comprenden elementos, intereses y objetos de estudio diversos, que indefectiblemente mostraran resultados desde cada una de estas corrientes, tal y como se muestra a continuación.

3. ¿Qué es investigar sobre el Derecho?

Como se manifestó en el último apartado, investigar derecho, puede ser entendido de diversas formas, conforme a lo que se entienda por “derecho”, según la corriente o postulado desde el cual se analice. A pesar de que las clasificaciones pueden ser arbitrarias, en el mundo del derecho al menos se ha llegado a identificar cuatro corrientes bien definidas: iusnaturalismo, el iuspositivismo, el realismo o pragmatismo jurídico o desde el pluralismo jurídico-materialismo.

3.1. Investigar Derecho desde el iusnaturalismo

Investigar desde el ius naturalismo significa aprehender problemas desde los “hechos caóticos y confusos de la realidad jurídica” propia de esta corriente, para posteriormente obtener una explicación (Salamanca, 2015).

Bajo este presupuesto, la escuela del derecho natural podría incluir como objeto de la investigación desde el sentido clásico las ideas de un derecho natural teológico propio de la ley divina, basado en el individuo o desde un derecho natural moderno elementos considerados desde la razón, dignidad humana, la comunidad y la moral universal.

Es de tener en cuenta que el derecho natural no es un derecho escrito ni positivo, por eso se lo cataloga de metafísico, y que su origen no es reciente y se remonta a la tradición aristotélica de la justicia en Grecia (Trujillo, 2015).

Con los elementos expuestos, se puede inferir que los objetos de estudio desde el iusnaturalismo, incluyen, por ejemplo: la justicia, la moral, la ética, la deontología, la axiología, la costumbre y tradición jurídica, las prácticas jurídicas, entre otros temas.

3.2. Investigar Derecho desde el iuspositivismo

Investigar desde el iuspositivismo significa aprehender problemas desde los “hechos caóticos y confusos de la realidad jurídica” propia de esta corriente, para posteriormente obtener una explicación (Salamanca, 2015).

Bajo este presupuesto, la escuela del derecho positivo incluye como su principal objeto de la investigación todo lo relacionado con la norma positivizada, lo referente al racionalismo normativo, cuyo enfoque, se centra más en el aspecto jurídico-técnico y no en su contenido (De la Torre Rangel, 2008).

Este pensamiento excluye totalmente a la metafísica, la ética material y toda doctrina de valores.

Según Oscar Sarlo (2003), existen varias carencias importantes en los textos que indican la metodología de investigación en la ciencia jurídica, desde un plano netamente positivista y epistemológico, entre los cuales enumera la falta de:

Relevancia del lenguaje; lógica interna de la investigación jurídica; relevancia de los marcos teóricos en derecho y su conexión con la interdisciplinarietà; conexión de la Investigación Jurídica con el mundo social; importancia de la comunidad científica en la práctica de la investigación (p. 186).

Con los elementos expuestos, se puede inferir que los objetos de estudio desde el iuspositivismo, incluyen, por ejemplo: las normas positivas nacionales e internacionales, las normas positivas en sus distintos niveles jerárquicos, las reformas normativas o su derogatoria, propuestas de ley, la jurisprudencia de entes judiciales o constitucionales, entre otros temas.

3.3. Investigar Derecho desde el realismo jurídico-pragmatismo jurídico

Investigar desde el realismo jurídico significa aprehender problemas desde los “hechos caóticos y confusos de la realidad jurídica” propia de esta corriente, para posteriormente obtener una explicación (Salamanca, 2015). Bajo este presupuesto, la escuela del realismo jurídico incluye como su principal objeto el concebir al derecho desde la realidad y no desde la norma positiva exclusivamente, esto significa que va más allá del cognitivismo y del voluntarismo jurídico (Cárdenas, 2018).

Esta corriente, crítica al formalismo normativista como hegemonía intelectual del derecho, por lo que provocó un profundo cambio en la manera de pensar de jueces, abogados y académicos. El realismo jurídico norteamericano se resiste a concebir al derecho como entelequia aparte de la realidad social, pues defiende a la interdisciplinarietà y la multiplicidad de factores que puedan de cierta manera o modifican el Derecho (Valle, 2021).

El pragmatismo jurídico constituye una corriente importante del realismo, y proviene del empirismo inglés del siglo XVII, y como una corriente filosófica se enmarca en la actitud práctica hacia la vida humana (De la Torre, 2016). El pragmatismo niega el racionalismo exacerbado del mundo de las ideas y conceptos, de la objetivación del objeto, y crea una filosofía más pragmática, más espiritual, desde el mundo de los sentidos. Es así que

no se subsume únicamente en la norma positiva fetichizada en una ley o código, sino que pretende llegar a una verdad, para orientar su práctica (De la Torre, 2016). El pragmatismo jurídico analiza al Derecho desde tres dimensiones: fáctica, axiológica y normativa (Reale, 1985).

Con los elementos expuestos, se puede inferir que los objetos de estudio desde el realismo jurídico y desde el pragmatismo jurídico, incluyen, por ejemplo: las dimensiones fáctica y axiológica de la norma, el orden social, la realidad jurídica desde la experiencia, las decisiones judiciales, psicología y antropología jurídica, el lenguaje jurídico, la filosofía y sociología del derecho, el cognoscitismo doctrinal e interpretativo, entre otros temas.

3.4. Investigar Derecho desde el pluralismo jurídico–materialismo

Investigar desde el pluralismo jurídico significa aprehender problemas desde los “hechos caóticos y confusos de la realidad jurídica” propia de esta corriente, para posteriormente obtener una explicación (Salamanca, 2015). Bajo este presupuesto, la escuela del pluralismo jurídico –materialismo incluye como su principal objeto, el estudio del derecho desde una posición contra hegemónica del derecho tradicional normativista, exegético, racionalista, positivo, monista, colonial y excluyente (Valle, 2021).

Para Wolkmer (2014) el pluralismo puede incluir diversos sistemas propios y auténticos, generados por las fuerzas sociales plurales, pudiendo estas, estar o no reconocidas por el Estado o controladas y reconocidas por este. El pluralismo jurídico puede presentarse como: a) Proyecto conservador, b) Proyecto emancipador, y, c) Proyecto de Legalidad Alternativa.

El materialismo como parte del pluralismo, se desmarca del escepticismo cognitivo positivista y del realismo ingenuo, del idealismo o materialismo gnoseológico y ontológico. El iusmaterialismo nace con postulados que pretenden ir más allá del iusnaturalismo y su falacia, y del iuspositivismo y su escepticismo cognitivo, utiliza el método científico para analizar “la acción con poder real de satisfacer el sistema de necesidades/capacidades de los pueblos y la Naturaleza positivados como bienes jurídicos” (Salamanca, 2015, p. 86).

El sistema de necesidades/capacidades debe ser entendido como dos caras de una misma moneda; por una parte, las necesidades comprendidas

como aquel requerimiento vital de energías y elementos necesarios para el mantenimiento de la vida, por otra parte; las capacidades como la posibilidad de desarrollo y florecimiento de esa vida.

En definitiva, no solo se trata de preservar la vida sino de su desarrollo digno y con bienestar, por medio de la potencialidad intrínseca de cada ser humano y de cada colectividad, más allá del régimen hegemónico estatal, sino por sus propios medios y por medio de luchas y reivindicaciones subalternas.

Así, el iusmaterialismo se caracteriza por la investigación jurídica intercultural e interdisciplinar, desde una dimensión político-institucional de la praxis (acción) y materialidad del dinamismo ontológico y epistemológico de hechos que afectan el “bienestar humano, como la desigualdad, la pobreza, la calidad de vida, la ausencia de desarrollo humano y la injusticia social” (Urquijo, 2014, p. 64). Esto permite realizar un estudio desde un enfoque que permita resolver estos problemas y evaluar los alcances y límites de una sociedad verdaderamente libre.

Con los elementos expuestos, se puede inferir que los objetos de estudio desde el pluralismo jurídico y el materialismo, incluyen, por ejemplo: pobreza y desigualdad,¹ calidad de vida y bienestar, la justicia indígena, la justicia comunitaria, las formas de ejercer justicia en favelas o secciones territoriales especiales, otras formas de ejercicio de la justicia, mediación comunitaria, constitucionalismo popular, uso alternativo del derecho, el uso subalterno del derecho, praxis ontológica, praxis epistemológica, el derecho vivo, entre otros temas.

Una vez analizados los posibles objetos de estudio desde las cuatro corrientes planteadas, y respondiendo a la primera pregunta postulada en el presente trabajo, es necesario responder a la segunda interrogante, para saber sobre la materialidad misma de los resultados a obtenerse. Las justificaciones de lo afirmado, las encontramos en el siguiente acápite.

1. Es necesario ir más allá de las ideas liberales de las utilidades individuales, los bienes primarios (Rawls), los derechos (Nozick), los recursos (Dworkin), las cestas de bienes de consumo (Foley, Varian, Baumol), mencionados por Vergara Josep, para plantear una justicia basada en el sistema de necesidades y capacidades individuales y colectivas de los pueblos.

4. ¿Para qué investigar sobre el Derecho?

Roberto Hernández Sampieri (2014), en el prólogo de su obra de metodología de la investigación, señala que la humanidad tiene la capacidad de investigar, y que está en cada uno usar dicha herramienta para crear un mundo mejor y facilitar el bienestar integral de todos los seres humanos.

Si partimos del postulado citado, deberíamos entender que la investigación en derecho debe estar justificada precisamente en el hecho de que las investigaciones en esa área, en el marco de cualquiera de las corrientes analizadas o sus variantes, deben tener como fines generales, al menos: mejorar el sistema de administración de justicia, mejorar el sistema de justicia distributiva, lograr equidad, igualdad y no discriminación o exclusión, acceso y ejercicio de derechos, respeto a la dignidad humana, participación en libertad y democracia, responsabilidad social, políticas públicas coherentes, adecuadas y eficaces, mejor convivencia social y comunitaria, entre otros aspectos.

Sin embargo, los ideales o fines arriba planteados, no siempre se logran, dado que el objeto de investigación jurídica predominante se origina en el iuspositivismo y se enmarca en investigaciones dogmático-normativas, que únicamente proponen reformas legales que responden a casos de antinomias (conflictos normativos), anomias (vacíos normativos) y hasta de incumplimiento normativo (ejecución de política pública).

Bajo el enfoque positivista-normativista, el estudioso del derecho no se desarrolla plenamente en el campo de conocimiento del derecho –entendido de forma amplia, interdisciplinar y pluricultural–; es por ello, que la respuesta a la pregunta ¿Para qué investigar sobre el Derecho?, solo responde con criterios como: para mejorar la legislación, perfeccionar la técnica legislativa, solucionar antinomias y anomias, materializar el objeto de la ley, entre muchas posibles, pero todas giran alrededor de una lógica de la glosa y de la exégesis del derecho.

Frente al panorama presentado, es necesario repensar lo que se entiende por derecho, para poder ampliar el marco de investigación jurídica más allá de lo normativo. En ese sentido, se hace indiscutible plantear el estudio del derecho desde una posición pluralista, multidisciplinar, reflexiva, crítica, y dinámica de la realidad, que permita la transformación de esta y responda a las necesidades sociales e individuales.

5. ¿Por qué investigar sobre el Derecho desde el pluralismo jurídico emancipador² y la interdisciplinariedad?

Investigar desde el pluralismo jurídico y la interdisciplinariedad implica un compromiso contrahegemónico, ya que la corriente positivista normativa domina los programas de estudio de las facultades de derecho, enfoca como principales líneas de investigación a las tradicionales que se enfocan en la norma, la jurisprudencia y la exégesis.

Según Salamanca (2015), el positivismo jurídico muestra que “en el imaginario de los operadores jurídicos en general, es la identificación binaria derecho = norma y Ciencia del Derecho = Dogmática jurídica” (p. 64). Es decir, que todo se reduce a la exégesis y la subsunción del hecho a la norma, sin ninguna otra consideración. Bajo estos enfoques, el campo del derecho se reduce a análisis positivistas, jurídico– normativistas que permiten la coordinación de la vida social mediante normas, acciones o recursos jurídicos que permiten el monopolio de la fuerza del Estado. Así, el escepticismo cognitivo, reduce el derecho a un dogma de discursos y postulados netamente legales.

Frente a esa realidad, el planteamiento del pluralismo jurídico emancipador, es el de entender al derecho desde un enfoque crítico que rompe o renueva los viejos paradigmas normativos y los lleva al plano material de los movimientos sociales, de la participación social, de las luchas sociales contra hegemónicas y subalternas, enmarcadas en la ética de la solidaridad y mirando la función social del derecho. Es así como el derecho vivo, desde la acción, propone nuevas y múltiples formas de producción, provenientes de las luchas y de las prácticas sociales, comunitarias y colectivas. En definitiva, se orienta a la acción libertadora de los agentes sociales excluidos.

Con base en el planteamiento de estudiar derecho desde una dimensión más amplia que la dogmática–normativa y la exégesis, podemos preguntar

-
2. Wolkmer al analizar el pluralismo, identifica varios enfoques, entre los cuales existe un pluralismo que encierra un proyecto conservador, corporativista medieval, que no responde a la construcción de una sociedad pluralista, democrática y participativa. En ese sentido, cree que este pluralismo se opone a un pluralismo con un proyecto emancipatorio que no responde a los intereses tradicionales, y que presenta un proyecto de “legalidad alternativa” que nace de prácticas sociales insurgentes, y como respuesta a las necesidades de los pueblos.

¿Por qué investigar sobre el Derecho desde el pluralismo emancipador y la interdisciplinariedad? A continuación, algunos criterios con ejemplos.

5.1. Investigar desde el proyecto de legalidad alternativa del derecho

Wolkmer (2003) hace hincapié a las nuevas y múltiples formas de producción del Derecho provenientes de las luchas y de las prácticas sociales, comunitarias, colectivas que son independientes del monismo jurídico o que parten desde allí con una nueva propuesta. Es decir, que no surgen de los tribunales de justicia, ni de los parlamentos nacionales, sino de la acción diaria de las comunidades (p. 15).

Desde este enfoque, se pueden proponer investigaciones que tengan por objeto, analizar:

a) Rosillo (2017) citando a Wolkmer (2016) presenta, los fundamentos de “efectividad material”, tienen relación con el “surgimiento de nuevos sujetos colectivos³, y a la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales” (p. 64).

Sobre esto, se pueden analizar o investigar los colectivos: indígenas y sus formas o procedimientos de ejercicio de justicia, de defensa de los derechos reproductivos y sexuales, de masculinidades, de defensa de derechos de la naturaleza, de defensa de derecho animal, que trabajan en defensa del agua, que apoyan la economía social y solidaria, entre otros. Como se puede apreciar, en los casos citados, estos grupos reclaman la satisfacción o el reconocimiento de derechos con base a su necesidad material y diaria de ejercerlos en cada una de las áreas expuestas.⁴

3. Rosillo, al hablar de nuevos sujetos colectivos como sujeto, implica lo “nuevo” como oposición a lo “establecido” y lo “oficial”, y lo “colectivo” frente a lo “abstracto” e “individual”, se privilegia en una pluralidad de sujetos a los movimientos sociales recientes.

4. Para Amartya Sen, es necesario ir más allá del grado de satisfacción de las personas de las necesidades primarias, o de la cantidad de recursos con que cuentan para llevar un tipo de vida u otra, sino por lo que estas personas son capaces de hacer o ser realmente, según el grado de libertad con el que cuentan.

b) Rosillo (2017) citando a Wolkmer (2016), como un segundo enfoque, presenta los fundamentos de “efectividad formal”: se hace referencia al “reordenamiento del espacio público mediante una política democrático-comunitaria descentralizadora y participativa, el desarrollo de una ética concreta de la alteridad, y la construcción de procesos para una racionalidad emancipatoria” (p. 64).

En el marco de este enfoque, las investigaciones que se pueden plantear podrían abarcar los siguientes temas: la producción y apropiación de los espacios públicos, movimientos sociales y espacios públicos, agrupaciones culturales o culturas urbanas y los espacios públicos, inmigrantes, ciudadanía y el espacio público, reservas, tierras o resguardos indígenas, etc. Respecto de la democracia descentralizadora, nuevas formas de pensar la democracia y el derecho, democracia desde abajo o subalterna, democracia y autonomía de los pueblos, entre otros. Sobre la alteridad: alteridad y razón jurídica, relaciones de alteridad en el derecho, ética y derecho en el servicio público, educación y alteridad, convivencia social y alteridad, cooperación y ética para el desarrollo.

Finalmente, racionalidad moral y justicia social, pensamiento crítico, pensamiento emancipador, el derecho como mecanismo de liberación o emancipación, racionalidad-pensamiento crítico e interculturalidad, entre otros.

5.2. Investigar desde el sistema de necesidades y capacidades

Como parte del pluralismo alternativo y progresista liberador, encontramos el enfoque denominado “sistema de necesidades y capacidades”, porque deviene de la elaboración del nuevo pluralismo en el marco de una participación comunitaria más activa. Según Rosillo (2017), debemos comprender que las necesidades involucran:

exigencias valorativas, bienes materiales e inmateriales. El conjunto de las necesidades humanas”, que varían de una sociedad para otra, propicia un amplio proceso de socialización del mercado por elecciones cotidianas sobre “modos de vida” y “valores”, tales como la libertad, la vida, la justicia etc. (p. 65).

En esta parte, se debe tener clara la diferencia entre los deseos y las necesidades. Los deseos deben ser entendidos como aquellas cosas que no son esenciales para la vida, no constituyen bienes primarios necesarios para vivir; por ejemplo: cosméticos, perfumes, o cualquier gusto caro innecesario. Por su parte, las necesidades constituyen bienes necesarios para la vida, tales como: la alimentación, vivienda, salud, libertad, vida, integridad personal, etc. Así una bicicleta, puede ser necesaria para un panadero que reparte su producto en un pueblo como parte de su actividad económica, pero la misma bicicleta puede constituir un deseo si se piensa en que esta sea de fibra de carbono y de una marca muy cotizada en el mercado.

Concuerdo con Rosillo, en el hecho de que el capitalismo ha creado un sistema que ha implantado en la ciudadanía una suerte de falsas necesidades, cuando éstos únicamente deben ser calificados como deseos, por ejemplo; la falsa necesidad de tener el teléfono celular actual, el de moda, el último diseño, así cada vez que sale uno nuevo con algún artilugio hará ver al anterior modelo como desechable e inútil. Con esto, las necesidades creadas no son satisfechas a largo plazo, sino que existe una constante que alimenta al mercado con una suerte de necesidades insatisfechas. Además, el mercado es muy hábil en mostrar a la satisfacción de esas necesidades creadas como sinónimo de felicidad, lo cual llega con facilidad y efectividad, en un mundo vaciado de estos sentimientos.

En definitiva, al hablar del sistema de necesidades/capacidades, estamos hablando de un sistema de producción, reproducción y desarrollo de la vida basado en lo que cada pueblo en la vida diaria necesita para el desarrollo de su vida digna y su capacidad de lograrlo, así aparecen nuevos sujetos colectivos, aparece una nueva legalidad, que se identifica con los movimientos sociales y sus nuevos reclamos y exigencias de bienes y servicios necesarios para la vida.

Con los antecedentes citados, podemos citar algunos temas para investigación que surgen de ese sistema de necesidades/capacidades, tales como; nuevas formas de economía social y solidarias, nuevas formas de organización comunitaria solidaria, pobreza y acceso a derechos, desigualdad material, el acceso al agua como un derecho universal, el reconocimiento de nuevas culturas urbanas, el reconocimiento de nuevos servicios como derechos como lo es el acceso a internet, acceso a medios de educación y cultura vía internet, ampliación del reconocimiento de derechos reproductivos

y sexuales, nuevas formas de participación y solidaridad social, acceso a vivienda digna, derecho a la alimentación y nutrición, marginalidad, pobreza y derecho, nuevas teorías de justicia social, entre otros.

6. Conclusiones

La investigación científica en el marco del derecho presenta una gama muy amplia de posibilidades para el investigador que van desde las corrientes tradicionales del derecho iusnaturalista, iuspositivista o del realismo jurídico, hasta llegar a la corriente del pluralismo jurídico alternativo. Sin embargo, el sistema hegemónico y tradicional del positivismo jurídico dominante ha concentrado las investigaciones en el marco del ius positivismo, produciendo mayoritariamente trabajos de análisis normativo netamente descriptivos y de reforma legal, lo cual no contribuye a un cambio de mentalidad en la matriz de la exégesis.

La investigación en derecho no puede ser reduccionista y complaciente con el positivismo normativo, sino que debe ir más allá, y constituirse en un mecanismo de transformación social. Para lograr un mejor y mayor cometido respecto de la influencia del derecho como modo de transformación social, el derecho debe entenderse más allá de la norma, de la jurisprudencia y la dogmática. El Derecho debe ser estudiado desde la pluralidad, la interdisciplinariedad, desde su relación con el mundo social y las necesidades sociales, dando importancia a la práctica científica viva, de la vida de los pueblos en acción.

Todos los investigadores en ciencias jurídicas debemos preguntarnos previo al inicio de un trabajo, ¿para qué investigar en derecho? y ¿para qué realizamos la investigación científica concreta? No solo teniendo en cuenta la posible respuesta a la pregunta de nuestra hipótesis o problema de investigación ni basados únicamente en el planteamiento de nuestros objetivos, sino teniendo en cuenta la trascendencia social de producción o reproducción del derecho. Si queremos seguir siendo actores de la mera reproducción del derecho en su monismo, positivismo dominador, nos anclaremos en las formas tradicionales de investigar y en sus escuelas. Si, de otra parte, queremos ser actores de cambio y transformación en el uso alternativo del derecho como mecanismo de transformación de las relaciones de poder, del uso subalterno del derecho como instrumento de liberación y

de producción social, debemos incursionar en las investigaciones desde el pluralismo alternativo y transformador.

Es necesario cambiar las mallas y contenidos en las escuelas de derecho y la forma de enseñar en las facultades jurídicas, incluyendo materias desde el pluralismo, la multiculturalidad, la interdisciplinariedad, para lograr una ampliación en la forma de concebir el derecho, para evitar caer en el reduccionismo normativista-exegético.

7. Bibliografía

- Beroscana, I. (2011). Investigación científica e investigación tecnológica como componentes para la innovación: consideraciones técnicas y metodológicas. Eumed, disponible en: <https://www.eumed.net/rev/cccss/13/ibrs.html#:~:text=Sabiendo%20que%20la%20investigaci%C3%B3n%20es,puede%20decirse%20que%20la%20investigaci%C3%B3n>
- Bunge, M. (2017). El planteamiento científico. Revista cubana de salud pública, Vol. 43. Nro. 3, Disponible en: <http://www.revsaludpublica.sld.cu/index.php/spu/article/view/1001/906>
- Cárdenas, A. (2018), El realismo jurídico, Universidad Santo Tomás, Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/333164290_el_realismo_juridico
- Covarrubias, J. (2014). La Sociología Jurídica en México, Cuarta edición, Porrúa, México.
- De la Torre, J. (2008). Apuntes para una introducción filosófica del derecho”. Temis, Bolivia,
- Hernández, R. (2014). Metodología de la Investigación Sexta Edición. Mac Graw Hill, México.
- Manterola & Otzen, (2011). Por qué Investigar y Cómo Conducir una Investigación. Conicyt. Argentina. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/ijmorphol/v31n4/art56.pdf>

- Miranda, R. (2017). ¿Por qué hacer investigación jurídica? Revista perspectiva jurídica EP Nro. 9, México. Consultada el 30.07.20. Disponible en: <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-num-9/por-que-hacer-investigacion-juridica>
- Reale, M. (1985). Situación actual de la teoría tridimensional del Derecho. ACFS, núm. 25: Corrientes y Problemas en Filosofía del Derecho. Universidad de Sao Paulo (Brasil). Disponible en: <file:///C:/Users/Alex/Downloads/5170-10966-1-PB.pdf>
- Rosillo, A. (2017), Fundamentos del pluralismo jurídico desde la filosofía de la liberación. México. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37685.pdf>
- Salamanca, A. (2015). La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. REDHES no.14, año VII.
- Sarlo, O. (2003). Investigación jurídica. Fundamento y requisitos para su desarrollo desde lo institucional. ISONOMIA 19. Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n19/n19a7.pdf>
- Trujillo, I. (2015). Iusnaturalismo tradicional clásico, medieval e ilustrado. UNAM, México, ver en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/4.pdf>
- Urquijo, M. (2014), La Teoría de las Capacidades en Amartya Sen. Dialnet, Universidad del Valle-Sede Meléndez, disponible en: <file:///C:/Users/Alex/Downloads/Dialnet-LaTeoriaDeLasCapacidadesEnAmartyaSen-5010857.pdf>
- Valle, A. (2021). Las concepciones del derecho. Análisis desde el normativismo hasta la praxis normativa. Inédito (por publicarse). Ecuador.
- Wolkmer, A. (2003). Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina Título. CENEJUS, CALCSO, Argentina. Ver en: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>
- Wolkmer, A. (2006). Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho, Sevilla: MAD.

Capítulo 8

El problema de identificar el objeto de estudio: el problema jurídico interdisciplinar e intercultural

Antonio Salamanca Serrano

1. Introducción

Los investigadores que se adentran con su indagación en el campo jurídico, alumnos de grado y posgrado, con frecuencia tienen problemas en la identificación del objeto de estudio. Ello se debe a que se suele pensar que se investiga sobre un tema o un campo temático. Ciertamente se investiga en “un” campo temático, pero esa no es la brújula de la investigación. Para no perderse en la misma tiene importancia capital identificar el problema de investigación jurídica. Problema que, en nuestra perspectiva crítica, es un problema abierto a la problematicidad intercultural e interdisciplinar

2. ¿Qué es plantear el problema de investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?

La investigación jurídica surge de un problema del campo del derecho del que no se conoce la explicación y que se busca. La investigación no es de un tema sino de un problema jurídico. La primera formulación provisional del problema es la que invita y posibilita la primera delimitación de la revisión de la literatura de lo que se ha investigado del mismo hasta el momento. Esta revisión es la que precisamente permite detectar si el problema está

resuelto o afinar la segunda formulación del problema identificando y articulando mejor las variables.

Planteamiento del problema de investigación jurídica: 1) formulado como pregunta de investigación; 2) queda articulado a los objetivos de investigación; 3) a la justificación y pertinencia; 4) factibilidad; y 5) al estado actual del conocimiento sobre el problema.

El investigador debe redactar el problema con precisión, claridad, articulación de las variables, delimitación espacio-temporal y factibilidad. Todos estos requisitos son importantes, pero la claridad es lo que hace que los demás podamos entender qué es lo que ocurre en el intelecto del investigador.

3. Criterios para plantear un problema de investigación jurídica interdisciplinar e intercultural

Los criterios para plantear un problema de investigación jurídica interdisciplinar e intercultural son:

- El problema de investigación es la pregunta de parte de la realidad objeto de estudio jurídico no resuelta y que se busca explicar. El problema de investigación no es el tema o área problemática donde se mueve la investigación.
- El problema debe ser un problema de investigación jurídica propiamente. Es decir, es un problema de la praxis de los derechos de los pueblos o de la Naturaleza, o un problema disciplinar de la Teoría o Filosofía del Derecho. No todo problema social, de gestión política, etc., es problema de investigación jurídica. Problemas cuya resolución depende de una decisión política, por ejemplo, son problemas de voluntad política, que pueden tener un alcance social relevante, pero no necesariamente son problemas de investigación.
- El problema de investigación jurídica debe ser delimitado con: a) claridad; b) precisión; c) ser factible de abordar dados los recursos disponibles; d) delimitado en el espacio y el tiempo.
- La formulación del problema de investigación debe ser: a) una oración, a ser posible de no más de tres líneas; b) articulando las variables objeto de investigación en el texto de la oración; c) en forma de pregunta

que no anticipe la respuesta (la pregunta que plantea el problema de investigación se puede desagregar en el texto en otras preguntas, pero todas ellas de ámbito menos extenso que la pregunta general); d) evitar que la formulación conduzca a una respuesta simple sin indagación de sí o no.

- El problema de investigación debe ser coherente y transparentarse en el título del trabajo, los objetivos generales y específicos.

4. ¿Qué relación tiene la formulación del problema con el estado del arte o revisión de la literatura?

Para la formulación del problema de investigación, su claridad y precisión, la determinación de sus variables y su articulación, se recurre habitualmente a la revisión de la literatura científica sobre el asunto (revisión de la literatura o también llamado estado del arte). Aunque este tema lo veremos más adelante, aquí importa subrayar que se necesita conocer la historia precisa del problema, desde sus orígenes al momento actual, lo que se ha aportado, por quién, en qué textos.

Con ello tendremos claro qué es lo que se sabe y cómo se sabe; y qué no, para poder contribuir al avance del saber, en una pequeña o gran parte de la explicación (de la respuesta). Es importante no confundir el estado del arte o revisión de la literatura con la crónica de un marco normativo. Esta confusión frecuente muestra la dificultad que la reducción normativista tiene para salir de la fijación en el comentario de la norma y atreverse a la investigación.

Puede ocurrir en algunas ocasiones que la investigación sea tan novedosa, en un campo tan inexplorado, que no se cuente con literatura. Tengamos en cuenta que como el derecho es praxis también consuetudinaria, no es nada extraño que nos encontremos derecho vivo sobre el que aún no hay literatura. En estos casos se puede recurrir a las siguientes estrategias:

- a) Revisar la literatura en los campos más cercanos posibles
- b) Subir o elevar en algún grado de abstracción o generalización la búsqueda de las variables
- c) Replantear la orientación de la investigación para abordar el problema por otro camino

5. ¿Con qué elementos se articula el planteamiento del problema de investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural?

Los principales elementos con los que debe articularse el problema de investigación son los siguientes:

- La pregunta de investigación, con sus subpreguntas
- El objetivo general de la investigación en función de su alcance, con su desagregación en objetivos específicos
- La justificación de la investigación
- La pertinencia de la investigación
- La factibilidad de la investigación
- El estado actual del conocimiento del problema (teórico-metodológico), y sus limitaciones
- El marco teórico y el camino metodológico escogido para la investigación (perspectiva o modo, enfoque, diseño y técnicas)

El explorador que se adentra en el campo jurídico interdisciplinario e intercultural, antes de emprender su trabajo o aventura, tiene que equiparse con *la brújula* del problema y *el mapa* de la investigación. Este último debe indicar al menos el objetivo de llegada que se busca, si es necesario, útil y posible el esfuerzo, así como los senderos por los que se va a transitar.

6. La(s) Pregunta(s) de investigación jurídica

El problema de investigación es bueno formularlo como pregunta. Ello ayuda a la claridad, articulación de las variables y a la delimitación: ¿qué?, ¿por qué?, ¿cómo? ¿para qué?

La pregunta de investigación puede desagregarse en otras preguntas parciales. Pero en todo caso la pregunta integradora como su desagregación en preguntas parciales debe ser concreta. Si la pregunta es tan general que no se articula y se hace operativizable con las variables no va a conducir a generación de conocimiento. Una pregunta de investigación podría ser: ¿cómo afecta el tipo de aprovechamiento de la tierra comunal en la comunidad

Tunibamba (cantón Cotacachi, Imbabura, Ecuador) en la realización del derecho colectivo a la identidad del pueblo Otavalo?

Un ejemplo de lo que no sería una pregunta de investigación por la falta de variables, articulación de ellas y exceso de generalidad es la siguiente formulación: ¿qué es el despido intempestivo? Esta puede ser una pregunta para conducir el aprendizaje de conocimientos propios del campo disciplinar del Derecho Laboral, pero así formulada le falta concreción, así como las variables y la articulación entre ellas para conducir la investigación hacia la posible explicación de un problema del que no se conoce la respuesta. La(s) pregunta(s) de investigación jurídica son para contribuir a la explicación de un problema. No es la excusa para exponer un tema o hacer una monografía que no avanza en la solución del problema.

La facilidad en avanzar o encontrar la respuesta depende de la precisión, articulación y concreción espacio-temporal de la pregunta. Ciertamente se pueden hacer investigaciones jurídicas generales, por ejemplo, de teorías fundamentales, pero ello siempre requerirá la articulación de variables concretas. Pensemos, por ejemplo, en la investigación sobre la relación entre la materia, la energía, y la velocidad de la luz. Es desde luego una indagación sobre asuntos teóricos fundamentales y generales, pero Einstein los supo articular con variables en su famosa ecuación $E=mc^2$.

Un investigador en el campo jurídico puede acometer la tarea de buscar un nuevo paradigma jurídico más allá del iusnaturalismo y del positivismo jurídico. Es una investigación fundante y general, pero para ello debe identificar y articular algunas variables, y articularlas con precisión. Si en la formulación de la pregunta no precisa el espacio y el tiempo de la investigación, debe hacerse en la explicación de la pregunta.

Adaptando los requisitos de León y Montero (2003) las preguntas de investigación deben ser de parte de la realidad jurídica de la:

- Que no se conozcan las respuestas (si se conocen, no valdría la pena realizar el estudio).
- Que puedan responderse con evidencias.
- Que impliquen usar medios éticos.
- Que sean claras.
- Que el conocimiento que se obtenga sea sustancial (que aporte conocimientos a un campo de estudio).

7. Objetivos según el ámbito de la investigación jurídica

Una vez que contamos con la brújula del problema de investigación, formulado como pregunta, ya tenemos el contenido del objetivo principal o general: contribuir a la explicación del problema de investigación. El objetivo general de la investigación jurídica debe formularse, en un enunciado afirmativo; el verbo regidor debe indicar el alcance de la investigación:

- si es exploratoria (explorar, identificar, observar, etc.);
- si es analítico-sistemático (organizar, analizar, sistematizar, integrar, etc.);
- si es explicativa (probar, verificar, falsar, contrastar, etc.).

En este último caso, la explicación puede consistir en “crear” explicaciones verificadas (teorías) pero en otras ocasiones la búsqueda pueda ser probar teorías ya existentes.

A continuación indicamos algunos ejemplos de verbos comunes según el alcance de la investigación:

Conocimiento	Comprensión	Aplicación	Análisis	Síntesis	Evaluación
Designar	Codificar	Resolver	Inferir	Descubrir	Comparar
Identificar	Convertir	Aplicar	Descomponer	Relatar	Evaluar
Definir	Parfrasear	Relacionar	Determinar	Reconstruir	Calificar
Descubrir	Sintetizar	Manipular	Seleccionar	Organizar	Justificar
Mencionar	Relacionar	Producir	Enunciar	Producir	Categorizar
Enumerar	Ilustrar	Usar	Fraccionar	Narrar	Contrastar
Ejemplificar	Generalizar	Probar	Separar	Categorizar	Apreciar
Reproducir	Deducir	Preparar	Diferenciar	Crear	Criticar
Selecionar	Resumir	Emplear	Analizar	Planear	Basar
Enunciar	Distinguir	Calcular	Especificar	Sintetizar	Juzgar
Especificar	Organizar	Modificar	Distinguir	Demostrar	Fundamentar

Conocimiento	Comprensión	Aplicación	Análisis	Síntesis	Evaluación
Explicar	Interpretar	Operar	Identificar	Modificar	Estimar
Detallar	Identificar	Demostrar	Describir	Compilar	Concluir
Mostrar	Definir	Determinar	Discriminar	Diseñar	Demostrar
Exponer	Ejemplificar	Distinguir	Explicar	Determinar	
	Exponer	Discriminar	Designar	Concebir	
		Explicar			

Verbos comunes en la investigación para formular los objetivos generales y específicos, según la taxonomía de Bloom:

Verbos para Objetivos Generales		Verbos para Objetivos Específicos	
Analizar	Formular	Advertir	Enunciar
Calcular	Fundamentar	Analizar	Enumerar
Categorizar	Generar	Basar	Especificar
Comparar	Identificar	Calcular	Estimar
Compilar	Inferir	Calificar	Examinar
Concretar	Mostrar	Categorizar	Explicar
Contrastar	Orientar	Comparar	Fraccionar
Crear	Oponer	Componer	Identificar
Definir	Reconstruir	Conceptuar	Indicar
Demostrar	Relatar	Considerar	Interpretar
Desarrollar	Replicar	Contrastar	Justificar
Describir	Reproducir	Deducir	Mencionar
Diagnosticar	Revelar	Definir	Mostrar
Discriminar	Planear	Demostrar	Operacionalizar
Diseñar	Presentar	Detallar	Organizar
Efectuar	Probar	Determinar	Registrar

Verbos para Objetivos Generales		Verbos para Objetivos Específicos	
Enumerar	Producir	Designar	Relacionar
Establecer	Proponer	Descomponer	Resumir
Evaluar	Situar	Descubrir	Seleccionar
Explicar	Tasar	Discriminar	Separar
Examinar	Trazar	Distintuir	Sintetizar
Exponer	Valuar	Establecer	Sugerir

El objetivo general debe formularse con claridad y ser operativizable, medible, factible y coherente con la pregunta de investigación. El objetivo general se desagrega en objetivos específicos. Los objetivos específicos:

- Desagregan el objetivo general, lo hacen operativo.
- Los objetivos específicos no son la formulación de un medio instrumental para el trabajo de investigación (vgr. objetivo específico: “buscar bibliografía sobre el trabajo infantil”).
- Los objetivos específicos no pueden ser más generales que el general ni excederse del ámbito delimitado por el general.
- Deben viabilizar la solución del problema de investigación.
- No deben ser muchos. Se recomienda tres o cuatro máximo.
- Deben formularse con verbos que indiquen el ámbito o alcance de la investigación en relación con el objetivo general, así como la valoración crítica de los hallazgos: exploratoria (identificar, examinar, especificar, describir, indicar, explorar, etc.), análisis sistémico (analizar, sistematizar, comparar, relacionar, etc.); explicativo (demostrar, determinar, explicar, etc.); valoración crítica (valorar, evaluar, criticar, etc.).

La primera formulación provisional del problema de investigación hace que la formulación tanto del objetivo general como de los específicos sea también provisional al inicio. Después de la elaboración del estado del arte puede que se cambie o afine la investigación. Ello supone reformular y ajustar la formulación del problema de investigación, así como de los objetivos. Lo mismo puede ocurrir durante todo el proceso de investigación.

El objetivo general es el fin de la investigación jurídica. Es la respuesta a la pregunta de investigación. Los objetivos específicos desagregan el objetivo general.

Ejemplo de formulación de problema de investigación y objetivos **Investigación de Cristina y Marcelo**

Cristina y Marcelo están realizando su investigación sobre el derecho colectivo a la identidad cultural en el aprovechamiento de la tierra comunal de la comunidad del pueblo Otavalo de Tunibamba, en el cantón Cotacachi, provincia de Imbabura (Ecuador). Una vez realizado el primer acercamiento a la realidad y al estado del arte de la problemática, ambos autores pueden ya proceder a una primera identificación de las variables de la investigación que estructuran la formulación de la pregunta de investigación. En este caso, las principales variables serían: a) identidad cultural; b) aprovechamiento tierra comunal; c) comunidad pueblo Otavalo de Tunibamba.

- La formulación del problema de investigación podría ser: ¿cómo afecta el aprovechamiento de la tierra comunal en la comunidad Tunibamba, del pueblo Otavalo, en su derecho colectivo a la identidad cultural?
- La formulación de los objetivos generales y específicos de su investigación, en coherencia con el problema de investigación, se podría expresar así:
- Objetivo General: Valorar el modo en que el aprovechamiento de la tierra comunal, en la comunidad Tunibamba, del pueblo Otavalo, afecta su derecho colectivo a la identidad cultural.
- Objetivos específicos:
 - Identificar el modo histórico de aprovechamiento de la tierra comunal en la comunidad Tunibamba, del pueblo otavalo, desde el inicio del uso y aprovechamiento de dicha tierra como tal.
 - Analizar sistemáticamente la afectación del derecho colectivo a la identidad por los modos históricos de aprovechamiento de la tierra comunal en la comunidad Tunibamba.
 - Valorar críticamente el impacto de la evolución del aprovechamiento de la tierra comunal en la realización del derecho colectivo a la identidad cultural.

Ejemplo de formulación de problema de investigación y objetivos

Investigación de Sofía

Sofía, médica de profesión, está realizando su investigación sobre los derechos a la libertad, integridad física y salud ante la política de vacunación obligatoria al personal sanitario del gobierno francés. Una vez realizado el primer acercamiento a la realidad y al estado del arte de la problemática, procede a una primera identificación de las variables de la investigación que estructura la formulación de la pregunta de investigación. En este caso, las principales variables serían: a) integridad física; b) libertad; c) salud; d) vacunación obligatoria.

- La formulación del problema de investigación podría ser: ¿cómo afecta la vacunación obligatoria del personal sanitario a sus derechos a la integridad personal, libertad y salud?
- La formulación de los objetivos generales y específicos de su investigación, en coherencia con el problema de investigación, se podría redactar así:
- Objetivo General: Valorar el modo en que la vacunación obligatoria al personal sanitario en Francia afecta a los derechos a la integridad física, la libertad y la salud
- Objetivos específicos:
 - Identificar el alcance real de la política de vacunación obligatoria al personal sanitario en Francia
 - Analizar sistemáticamente la afectación de dicha política a los derechos a la integridad física, libertad y salud
 - Valorar críticamente el impacto de la vacunación obligatoria a los derechos a la integridad personal, libertad y salud del personal sanitario en Francia.

8. Justificación de la investigación jurídica

Por medio de la justificación debemos demostrar que el estudio es necesario e importante. La investigación jurídica debe justificarse, es decir, debe exponerse el por qué se hace, el para qué, así como qué posible utilidad o beneficio tendrá. Es frecuente incluir en la justificación del por qué, para qué

y el qué de la utilidad el aporte a la problemática de la comunidad local, las líneas de investigación de la universidad o institución donde se hace, la contribución a las políticas públicas nacionales, a la materialización de la propia Constitución nacional, así como al Derecho internacional. Adaptando los criterios de Ackoff (1973), Miller y Salkind (2002) y H. Sampieri (2014) la justificación de un trabajo de investigación jurídica debería considerar:

- Conveniencia. ¿Qué tan conveniente es la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?; ¿para qué sirve?
- Relevancia social. ¿Cuál es su trascendencia para la sociedad?, ¿quiénes se beneficiarán con los resultados de la investigación?, ¿de qué modo?; ¿qué alcance o proyección social tiene?
- Implicaciones prácticas. ¿Ayudará a resolver algún problema real en el campo del derecho?, ¿tiene implicaciones trascendentales en la resolución de problemas prácticos?
- Valor teórico. Con la investigación, ¿se llenará algún vacío de conocimiento jurídico interdisciplinar e intercultural?, ¿se podrán generalizar los resultados a principios o leyes?, ¿la información que se obtenga puede servir para revisar, desarrollar o apoyar una teoría?, ¿se podrá conocer en mayor medida el comportamiento de una o de diversas variables, o la relación entre ellas?, ¿se ofrece la posibilidad de una exploración fructífera de algún fenómeno o ambiente?, ¿qué se espera saber con los resultados que no se sabía antes?, ¿se pueden sugerir ideas, recomendaciones o hipótesis para futuros estudios?
- Utilidad metodológica. ¿La investigación jurídica interdisciplinar e intercultural puede ayudar a crear un nuevo paradigma metodológico o partes del mismo?, ¿sirve para generar instrumentos para recolectar o analizar datos?, ¿contribuye a la definición de un concepto, variable o relación entre variables?, ¿pueden lograrse con ella mejoras en la forma de experimentar con una o más variables?, ¿sugiere cómo indagar más adecuadamente en la realidad del campo jurídico?

Ejemplo: Investigación de Cristina y Marcelo

Cristina y Marcelo podrían justificar su investigación jurídica interdisciplinar e intercultural así:

La vinculación con la tierra siempre ha sido un factor que condiciona la identidad colectiva de los pueblos. Estudios realizados por la Antropología y la Sociología cultural lo constatan, es el caso del materialismo cultural de M. Harris (1990). El modo de aprovechamiento y uso comunal de la tierra es sin duda una de las principales formas de vinculación con la tierra. Según datos del Instituto Nacional de Estadística del Ecuador (2020), el 98% de la población indígena encuestada vincula su identidad en la tierra comunitaria y el 79% con el modo de aprovechamiento, uso y disfrute de las tierras comunales.

La investigación puede contribuir al empoderamiento del derecho colectivo a la identidad cultural de la comunidad Tunibamba del pueblo Otavalo (aporte práctico), a desarrollar la línea de investigación de materialización de los derechos de la Escuela de Derechos y Justicia del IAEN (aporte teórico), así como las políticas públicas del Plan Nacional del Buen vivir y las normas constitucionales sobre la construcción de un Estado Plurinacional e Intercultural en el Ecuador (aporte práctico). La articulación de la perspectiva intercultural y el modo interdisciplinar sociojurídico ofrecerá una riqueza metodológica para superar la reducción del paradigma jurídico normativista y su metodología exegética (aporte metodológico).

9. Factibilidad de la investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural

La investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural debe plantearse como investigación factible, para no resultar un mero deseo imposible que genere angustia, ansiedad y pérdida inútil de tiempo del investigador. Las condiciones materiales fundamentales que hacen posible la investigación son:

- a) contar con el investigador o el grupo de investigadores;
- b) disponer de los recursos económicos que hagan posible la investigación;
- c) acceder a los recursos instrumentales que requiere la investigación;
- d) tener acceso a los espacios y lugares (al campo) donde se va a realizar la investigación;
- e) disponer del tiempo necesario que requiere la investigación en un plazo razonable para su utilidad y oportunidad.

10. Ética de la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural

La investigación jurídica interdisciplinar e intercultural, como toda investigación, no es axiológicamente neutra. Puede estar cargada de valores y de disvalores. De ello se debe ser consciente y no debe realizarse si es que está planteada personal y/o institucionalmente para el engaño, la explotación o dominación de los pueblos.

11. Conclusión

Una de las claves en la investigación jurídica es identificar y formular con claridad y precisión el problema a indagar cuya respuesta no se conoce. El problema de investigación bien formulado permite articular las variables con el objetivo general y los específicos del trabajo de modo que terminen siendo coherentes. Estos últimos desagregan el objetivo general en función de la contribución a resolver la pregunta de investigación. La pregunta en la que se suele formular el problema puede tener un alcance primero exploratorio, luego analítico-sistemático, y finalmente, en tercer lugar, explicativo. También puede integrar las tres dimensiones.

12. Bibliografía

Hernández Sampieri, et al., (2014), Metodología de la Investigación (México: McGraw-Hill).

SEGUNDA PARTE

La pluralidad de modos interdisciplinarios e interculturales en la investigación jurídica

Capítulo 9

Modo históricojurídico

Urenda Queletzú Navarro Sánchez
María de Lourdes Uribe Soto

1. Introducción

En la investigación jurídica se han aplicado una diversidad de métodos para conocer los procesos de conformación del derecho, entre ellos ubicamos al método histórico que, tradicionalmente ha sido empleado en la reconstrucción cronológica de los procesos evolutivos de las instituciones jurídicas. Sin embargo, consideramos importante precisar que este método recurre primordialmente a la revisión consecutiva de las normas del derecho positivo, dejando de lado las herramientas fundamentales que brinda el método histórico, tales como, el comprender y profundizar en los contextos de producción de la norma, en explicar la evolución del pensamiento jurídico que subyace a las leyes, pues prescinde de dar cuenta de la distancia existente entre el deber ser, fijado por el contenido de las normas, y el ser de las cosas, definido por la praxis jurídica de un tiempo y modo determinado en nuestras sociedades.

Ha sido, precisamente, el diálogo constante que se ha dado entre la Historia y el Derecho, el que ha permitido replantear el uso del método histórico en el campo jurídico, pues tradicionalmente eran las y los juristas quienes se acercaban al uso de la historia sólo a partir de la técnica de reconstrucción cronológica, pero que, con el proceso de profesionalización

de la Historia, permitió que quienes se dedican al estudio de la Historia del Derecho o la Historia Procesal del Derecho (esta última, ampliamente estudiada en Europa), (De la Reguera, 2014) hayan incorporado la crítica de fuentes, como herramienta fundamental heredada del método histórico, a la investigación jurídica.

Por tanto, en este trabajo nos planteamos, hacer un breve recuento de los pormenores de este diálogo, a efecto de poder mostrar a la o el lector, las características del método y su ejemplificación para la enseñanza de la metodología de la investigación jurídica.

2. Consideraciones previas para el diálogo entre Historia y Derecho

2.1. Sobre el objeto de estudio en la Historia del Derecho

Ahora bien, conviene precisar cuál es el objeto de estudio de la historia del derecho en el entendido de que el derecho constituye, precisamente ese conjunto de normas a las cuales o sobre las cuales se construye una diversidad de praxis jurídicas, como la negociación de la norma, la confrontación o encuentro de actores sociales, así como, la perspectiva en torno al derecho como instrumento del Estado para ejercer poder, que requieren necesariamente ser estudiadas no sólo por cuanto a la materialidad de la norma misma, sino como hemos venido explicando, con el fin de analizar la conformación de esa norma y su aplicabilidad histórica, así como sus permanencias y cambios.

En consecuencia, el objeto de la historia del derecho es dar cuenta de los marcos de producción y reproducción de las normas jurídicas escritas y no escritas, partiendo del reconocimiento de que la categoría, *derecho*, es un constructo occidental moderno y que su revisión, precisa del análisis de los distintos contextos de producción. Por lo tanto, requiere necesariamente de una visión crítica que permita comprender las diversas formas de producir el derecho desde los contextos situados, como lo es el latinoamericano. En ese mismo tenor, el objeto de estudio de la historia del derecho se hace por tanto mucho más amplio, puesto que implica reconocer que existen diversas fuentes que le dan origen y cuáles son las fuentes que responden a

la diversidad de contextos culturales a lo largo de la historia de un grupo o sociedad determinada.

Nos parece importante, precisar cómo se ha dado este diálogo, pues es a partir de la historiografía que se ha producido en torno a él, que contamos con un vasto repertorio de estudios históricos sobre el derecho.

2.2. Sobre el tiempo histórico

De igual forma, cobra especial relevancia detenernos a explicar cómo se analiza el tiempo histórico en lo que tiene que ver con la historia del derecho. Recordemos que estudios, como el de Fernand Braudel, permitieron comprender que la historia es una disciplina científica que profundiza más allá de los acontecimientos, en los procesos históricos de larga duración (2015).

El concepto de la historia de larga duración, o del tiempo sincrónico, es importante para entender la permanencia de prácticas o de creencias que se han mantenido en el sustrato de las configuraciones culturales y sociales a través del tiempo, a las que si bien, los grandes acontecimientos narrados (como en su momento fueron la historia política o en el caso de la historia del derecho, los vinculados con las promulgaciones de los distintos cuerpos u ordenamientos jurídicos a lo largo de la historia), requieren de un análisis a posteriori que permita comprender el impacto de la aparición de estos cuerpos normativos e inclusive, su consecución después de promulgados y publicados. Valdría la pena, por ejemplo, mencionar que en el caso mexicano, en los albores del México independiente y hasta la expedición del primer Código Penal en 1871, fue recurrente que para los casos del orden penal, se siguiera aplicando la normativa utilizada en la época novohispana, como las Partidas de Alfonso X el sabio, aunado a que, además de la aplicación de las normas, las prácticas asociadas al procesamiento de imputados estaban vinculadas con la praxis aprendida de los manuales inquisitoriales para arrancar y obtener confesiones, bajo procedimiento de tortura corporal.

Este ejemplo, nos permite ilustrar cómo la aplicación normativa trasciende, en muchos casos, a la publicación e implementación de un cuerpo normativo, o la aparición de nuevas normas, aún y cuando los contextos de producción de las mismas hayan cambiado. Es gracias a la identificación del

tiempo histórico sincrónico que podemos distinguir estas permanencias o transformaciones en las prácticas que subyacen a ciertos acontecimientos.

No obstante, el estudio de los acontecimientos sigue siendo materia de la Historia a través del análisis del tiempo diacrónico, entendido este como rupturas que se generan a lo largo del tiempo histórico en diferentes contextos sociales y que permiten la transformación estructural de las sociedades.

Esta mirada compleja del tiempo histórico, como la hemos explicado, rompe con el paradigma tradicional que es sostenido en muchas facultades en la enseñanza de la historia del derecho como una práctica cronológica de aparición y evolución de ordenamientos jurídicos, pues a decir de lo expuesto, éstos estarían comprendidos en el tiempo diacrónico, pero su cronología sería incapaz de explicar la permanencia, continuidad o en su caso modificación de muchas de las prácticas jurídicas que son adyacentes a la expedición de estas normas.

2.3. Acerca de las contribuciones del campo histórico al análisis del fenómeno jurídico

Como hemos expuesto, realizar un estudio de investigación jurídica desde la perspectiva histórica, implica reconocer las aportaciones que, desde los estudios históricos (es decir, desde la historiografía del derecho), se han hecho a la comprensión de los fenómenos jurídicos asociados a ellas. Es por ello que, conviene precisar cómo algunos de los campos y objetos de la historia pueden ayudarnos a ampliar nuestro horizonte de comprensión sobre el fenómeno jurídico, por ejemplo, cuando lo analizamos en su relación a partir de los diferentes campos de la historia como:

- a) Historia cultural: en ella podemos recoger las representaciones y las prácticas asociadas al fenómeno cultural que guarda una relación directa para entender que, el derecho también es un producto cultural construido y compartido socialmente.
- b) Historia de género: como lo ha mencionado Joan Scott, el género como categoría de estudio, nos ha permitido comprender cómo el derecho ha servido para perpetuar las ideas construidas en torno al rol de las mujeres; por ejemplo, la idea de la madre-esposa construida a finales del siglo XIX y recogida por las leyes y las instituciones del derecho.

- c) Historia política: en el entendido de que ésta, nos ha permitido comprender la configuración de las instituciones que conforman al Estado-Nación y los actores sociales que han sido partícipes o formado parte de tales instituciones (2015).
- d) Historia social: en donde destaca la importancia de los movimientos o configuraciones sociales a lo largo de la historia, particularmente aquellos asociados a reivindicaciones de derechos como los movimientos sufragistas de mujeres, los movimientos obreros o la defensa de sus territorios por los pueblos originarios.

3. La investigación jurídica a través del método histórico

3.1. Las fuentes

Para quien decide realizar una investigación jurídica desde el método histórico, es menester precisar que para el análisis histórico que corresponde al conjunto de técnicas y de metodologías que integran el método histórico, se requiere determinar los tipos de fuentes que pueden ser empleadas.

En la historia identificamos dos tipos de fuentes: las fuentes primarias y las fuentes secundarias. Las fuentes primarias, que pueden ser escritas o no escritas, tienen la característica principal de que corresponden o provienen del momento histórico que hemos decidido estudiar, es decir, son fuentes de la época. Estas fuentes primarias son diversas, dada su propia naturaleza, las hay escritas o no escritas; las primeras son documentales: hemerográficas, obras literarias, leyes o reglamentos —por mencionar algunos—, recogidas en soportes diversos tales como, papel, papiros, pergaminos, etcétera.

Por su parte las fuentes primarias no escritas, pueden ir desde obras plásticas, esculturas, cerámicas, grabados, pinturas, petroglifos o monedas, hasta incluso la arquitectura y diversos elementos de la cultura material de la época estudiada.

Por lo que hace a las fuentes secundarias, estas no fueron producidas directamente en la época estudiada, sino que pueden ser productos (libros o pinturas, esculturas, etc.), elaborados con posterioridad a la época investigada, pero se refieren a ésta, es decir, son resultado del trabajo de construcción histórica y particularmente hacen referencia a la historiografía, es decir, a los estudios de corte histórico que, sobre un contexto y época determinada,

se han realizado. Estos pueden ser mediatos o contemporáneos; los mediatos son aquellos que se producen tiempo después del acontecimiento o fenómeno investigado y los contemporáneos son los realizados desde el presente.

De igual forma, conviene precisar que, en el caso del estudio de las fuentes para la investigación jurídica, puede optarse por retomar la clasificación tradicional que sobre las fuentes del derecho se ha hecho:

Atendiendo a la clasificación más generalizada, las fuentes del derecho se conjuntan en tres grandes grupos, formales: procesos de creación de las normas jurídicas; históricas: evidencia de tipo histórico (historiográfica, tradición oral), que permiten el conocimiento del derecho, o bien, se refiere a los actos o eventos pasados que dieron origen a las normas y principios jurídicos existentes; materiales o reales: tienen que ver con todos los hechos sociales que dieron origen a las normas. Como se ha señalado, los enfoques desde los que se trate de analizar el tema coinciden grosso modo con esta clasificación. (Álvarez, 2014, pp 39-63).

El estudio de las fuentes formales del derecho, fue llamado por la historiografía alemana *heurística*, al tratarse de una indagación del pasado jurídico concreto y limitado por el tipo de fuentes de análisis.

3.2. La observación en la investigación jurídica desde el método histórico

Desde la disciplina de la Historia se han construido debates en torno a la forma de realizar la observación histórica de un fenómeno, en este caso, del jurídico. Desde ahí, se han planteado diversas interrogantes respecto a si la observación que realiza la o el investigador, es directa o indirecta. Inicialmente, la Historia, cuestionada por los métodos provenientes de las Ciencias Naturales, era considerada como una disciplina cuya posibilidad de observación directa era limitada, en algún momento, se afirmó que sólo era posible conocerla a través de fuentes indirectas tales como los testimonios generados por intermediarios.

Sin embargo, la historia cultural proveniente de la famosa Escuela de los Anales, permitió discutir el hecho de que más allá de esos testimonios indirectos, que desde luego proveen de una multiplicidad de información, es posible realizar la investigación histórica de forma directa a través de la comprensión de esas huellas materiales captadas por un conocimiento que es inmediato, como lo inscrito en los vestigios arqueológicos. Así pondríamos como ejemplo claro en la investigación jurídica, las reglas de derecho incorporadas en un cuerpo jurídico en basamento material como el Código de Hammurabi, mismas que pueden ser percibidas de forma inmediata por la o el investigador, y que permiten, concatenadas con los testimonios, reconstruir de manera conjunta, a través de los sujetos de la experiencia y de estos testimonios materiales, el conocimiento respecto al análisis de los hechos materia de nuestra observación.

Es por tanto, el conocimiento histórico a decir de Marc Bloch, el hecho identificado a través de las “huellas que perviven” (Bloch, 1959), es decir, el que se produce a través del análisis de las “marcas” que ha dejado todo fenómeno del pasado, como pueden ser la diversidad de testimonios ofrecidos por agentes del Estado que, durante la tradición de la escuela historiográfica positivista eran considerados fuentes primordiales y casi las únicas válidas al tratarse de documentos oficiales emitidos por el Estado; pero también se han considerado válidos diversos testimonios de origen “informal” o cotidiano como las cartas, los diarios, las memorias, las fotografías y la propia literatura; baste pensar como ejemplo, si quisiéramos hacer una indagación del pensamiento criminológico durante la época porfirista en México y sus implicaciones en el derecho penal moderno, una ventana analítica respecto a las representaciones sociales sobre las mujeres criminales o transgresoras, podría ser la novela *Santa* de Federico Gamboa (que es además una fuente primaria producida en la época de nuestro interés).

4. El método histórico

En este apartado, nos interesa explicar cuáles son los componentes o etapas del método histórico, para el desarrollo de una investigación jurídico-histórica. En primer lugar, consideramos importante señalar que es indispensable que la o el investigador construya su problema de estudio y lo problematice

a partir de la formulación de su marco teórico y de sus posibles hipótesis o líneas de investigación.

Recordemos que los dos componentes esenciales del análisis histórico se concentrarán en la recolección de las fuentes (que como hemos explicado, podrán ser de naturaleza diversa) y, en la observación y estudio de las mismas, lo que constituye el componente esencial del método y que se conforma de la crítica y análisis de las fuentes históricas.

Quisiéramos detenernos en una última prevención para quienes se acercan por primera vez al estudio histórico. Cuando estudiamos el pasado a través de categorías presentes como el derecho, requerimos comprender que esta categoría será empleada sólo como referencia para la indagación, es decir, que evitaremos el uso de anacronismos tomando en cuenta qué, lo que puede significar el derecho hoy en día, no necesariamente equivale a lo que haya significado en el pasado.

La etapa relativa a la búsqueda y revisión de fuentes, se concentra en dos actividades primordiales:

- a) La fiabilidad: la o el investigador busca identificar la autenticidad de las fuentes; depura la información; identifica si existen interpolaciones y contextualiza la fuente, este último elemento es crucial para poder realizar la comparación y crítica de fuentes.
- b) La adecuación: en ella se establecen los tipos de documentos de acuerdo a criterios taxonómicos; se hace un acopio exhaustivo de las fuentes halladas y se las contrasta; se hace una selección que le permita, si fuera el caso, realizar nuevas búsquedas en función del resultado obtenido. (Sáez, 2016).

La etapa correspondiente a la crítica de fuentes, constituye un elemento toral del método histórico, pues se trata de un ejercicio de confrontación o de exégesis orientado a la identificación de similitudes sistemáticas que permitan la interpretación de los testimonios para la comprensión del pasado. Para Bloch, en la crítica de fuentes:

El historiador no es, o es cada vez menos, ese juez de instrucción, arisco y malhumorado cuya imagen desagradable nos impondrían ciertos manuales de iniciación a poco que nos descuidáramos. No se ha

vuelto, desde luego, crédulo. Sabe que sus testigos pueden equivocarse y mentir. Pero ante todo se esfuerza por hacerles hablar, por comprenderlos. Uno de los más hermosos rasgos del método crítico es haber seguido guiando la investigación en un terreno cada vez más amplio sin modificar nada de esos principios. (Bloch, 1959, p. 73).

4.1. El método histórico aplicado en diversas investigaciones

Como dijimos antes, el derecho es un producto cultural, construido y compartido socialmente y es una de las expresiones del espíritu o episteme de una época, y desde luego, como producto cultural forma parte de un proceso histórico, es decir, la práctica de la impartición de justicia como se percibe en las fuentes o en ciertos documentos generados por dicha práctica, refleja variados hábitos culturales que se pueden proyectar en las cuestiones económicas, los crímenes, la vida cotidiana, las relaciones entre las personas, las luchas entre los diversos intereses e ideas que convergen en una sociedad y época concretos.

Con lo anterior queremos decir que todos los ámbitos de la vida humana y social están atravesados por el derecho y la praxis jurídica, así que, para hacer la historia de cualquier problema, acontecimiento o fenómeno social, es necesario procurar tener una visión integral de todos los aspectos en donde se da dicha problemática o acontecimiento para poder comprenderlo cabalmente.

4.2. Las historias social, cultural, política y de género y su relación con el estudio del derecho

Existen múltiples trabajos de investigación histórica que podemos sugerir a los lectores para ejemplificar la metodología histórica en consonancia con el estudio del derecho desde las perspectivas de la historia social, cultural, política o de género, que tuvieron un abordaje metodológico que incluye también una revisión y análisis del contexto jurídico. Haremos mención a continuación a algunas obras y autores, sin por ello excluir otros muchos trabajos que aplicaron una metodología similar.

La forma en que los siguientes autores y autoras hacen uso del método histórico es ejemplo para entender de forma integral la historia de fenómenos

históricos en torno a la praxis jurídica, de forma contextualizada en una época y lugar determinados; en los trabajos que se mencionan se revisan las características sociales, demográficas, económicas, ideológicas, políticas y culturales del lugar y la época donde se desarrolla la problemática analizada, con el fin de explicar y entender manifestaciones como la criminalidad, los conflictos entre el Estado y los variados grupos o actores sociales (por ejemplo las luchas indígenas y campesinas por la defensa de sus territorios contra el Estado o contra particulares); los problemas familiares o entre mujeres y hombres (como los procesos de matrimonio, divorcio y la violencia doméstica), entre otros muchos, todo ello sin dejar de lado la amplia gama de aspectos culturales, que se encuentran de forma subyacente tras las ideas, prácticas y acciones, así como tras las leyes o los sistemas jurídicos.

En este sentido podemos mencionar obras como las de Elisa Speckman Guerra,¹ Pablo Picatto,² William B. Taylor,³ Ana Lidia García Peña⁴ o investigaciones realizadas por las autoras del presente artículo.⁵ En dichos

1. Speckman. (2020). Homicidio, justicia y nota roja en la Ciudad de México, década de 1930; El derecho a vivir como una mujer amante y amada. Nydia Camargo, su crimen y su juicio (México, década de 1920), (2019); Del Tigre de Santa Julia, la princesa italiana y otras historias. Sistema judicial, criminalidad y justicia en la Ciudad de México, siglos XIX y XX. (2014); Crimen y Castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia. Ciudad de México, 1872-1910, (2001).
2. Picatto es autor de obras como Ciudad de sospechosos. Crimen en la ciudad de México, 1900-1931 (2010); Historia Nacional de la infamia: crimen, verdad y justicia en México (2020); o La tiranía de la opinión: el honor en la construcción de la esfera pública mexicana (2015).
3. Taylor William B., Embriaguez, homicidio y rebelión en las poblaciones coloniales mexicanas (1987).
4. García Peña Ana Lidia. El fracaso del amor. Género e individualismo en el siglo XIX mexicano, (2006); Un divorcio secreto en la Revolución Mexicana: ¡todo por una jarocha! (2017).
5. Navarro Sánchez Urenda Queletzú. Criminalidad y justicia penal en San Luis Potosí: el caso de los delitos de sangre, 1755-1786. (2009); La justicia, las leyes criminales y la concepción del delito en el antiguo régimen. (2010); Criminalidad y justicia penal en San Luis Potosí. (2011). Uribe Soto María de Lourdes. "Aquí hemos nacido y moramos viviendo". Cambio, restitución y conflicto en el ejido de La Palma, S.L.P. (1916-1932), (2011); Movimiento estudiantil-popular y cultura política en San Luis Potosí, 1973-1976". (2012); Cerro de San Pedro: Un acercamiento a su historia agraria durante la posrevolución. (2011); Prácticas, discursos y resistencia en torno a la prostitución en la ciudad de San Luis Potosí durante el Porfiriato. (2013); Prostitutas, rateras y pulqueras. Resistencias, poder y control social durante el porfiriato en la ciudad de San Luis Potosí (2016).

trabajos, se abordan temas referentes a distintos procesos históricos y problemáticas o fenómenos sociales, pero en todos está presente una perspectiva amplia en la que se analizan variados aspectos de la sociedad, la política, (o el pensamiento político) y la cultura de la época, como son el anticlericalismo, el nacionalismo, el individualismo, el positivismo, la lucha encarnada por la tierra y los choques entre las ideas acerca de cómo debía ser su uso y usufructo; la situación de las mujeres y las concepciones de género; el honor y la reputación, los pensamientos ilustrado y liberal, el proceso de instauración del liberalismo y la razón; las permanencias y los cambios en todos estos procesos (y otros), etcétera.

Todos los casos de las investigaciones históricas mencionadas, han sido contextualizadas por sus autores de la forma más amplia posible y uno de los elementos fundamentales que se toma en cuenta y que ayuda a entender y explicar la complejidad de las problemáticas de investigación, son los contextos legales y jurídicos, lo que demuestra sin lugar a dudas, las diferentes maneras en que están imbricadas (la cultura, las leyes y prácticas jurídicas), con los acontecimientos o los procesos sociales, económicos, políticos o culturales, de corta y larga duración y en general con todas las problemáticas sociales e históricas.

Cabe hacer mención que los documentos producidos por las prácticas jurídicas son una fuente primordial en la historia del derecho y de los procesos sociales que ya se han mencionado y otros, e incluso a veces resulta ser una de las fuentes más accesibles en las que se encuentra una importante cantidad de información que, desde luego, debe ser sistematizada y analizada por quien investiga y es necesario siempre buscar otras fuentes provenientes de diversos ámbitos con el fin de ampliar la visión y cruzar la información para una mayor fiabilidad.

4.3. Ejemplos de la metodología usada en investigaciones sobre historia social, cultural y política en correlación con las transformaciones jurídicas

A continuación, en la Tabla 18 se analiza de forma general la metodología utilizada en algunas de las obras que hemos mencionado, empero, más adelante se hará un análisis más detallado de otro de los trabajos, con el fin de profundizar o detallar la metodología utilizada.

Tabla 18
Metodología utilizada en algunas de las obras mencionadas

Autor/a	Título de la obra	Planteamiento principal	Metodología y fuentes	Resultados generales
Elisa Speckman Guerra, (2001)	Crimen y Castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia. Ciudad de México, 1872-1910.	Se rastrea la distancia entre la norma legal y la práctica judicial en la ciudad de México en el Porfiriato con el fin de recomponer la interpretación de la criminalidad, la administración de justicia y del castigo, las normas de conducta y el código de valores que reflejaba, así como su interacción con las ideas, preconcepciones o imaginaciones de otros sectores sociales, y en qué medida, ya sea voluntaria, involuntaria, consciente o inconscientemente) los jueces se apegaron o se alejaron de dicha legislación. La distancia entre el ideal liberal de justicia y su realización se habría expresado	<ul style="list-style-type: none"> – Perspectiva teórica: Historia cultural (ideas y mentalidades) / Historia jurídica. – Periodización: 1872 por la entrada en vigor del 1er código Penal mexicano; 1910 por el estallido revolucionario. – Fuentes documentales: La legislación penal emitida entre 1872 y 1910; procesos penales ventilados en tribunales; publicaciones editadas en la Ciudad de México; estadísticas y datos demográficos de la época. 	Entre otros resultados, este trabajo aporta argumentos para la reflexión sobre la idea de que la codificación finiquita la posibilidad de interpretación de los jueces o cierta arbitrariedad judicial, cuestionando en última instancia la capacidad de la ley para prevenir, regular y/o aniquilar los espacios subjetivos en la administración de justicia; asimismo muestra la existencia de una considerable aceptación y confianza de distintos sectores sociales en el sistema judicial existente en el periodo, así como la presencia de concepciones

Tabla 18
Metodología utilizada en algunas de las obras mencionadas

Autor/a	Título de la obra	Planteamiento principal	Metodología y fuentes	Resultados generales
Elisa Speckman Guerra, (2001)	<i>Crimen y Castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia. Ciudad de México, 1872-1910.</i>	en la violencia de la independencia del poder judicial y en la aplicación de sentencias que no se sujetaban a derecho.	<ul style="list-style-type: none"> – Revisión historiográfica: Gira en torno a tres rubros: a) Estudios sobre legislación penal (europea, pues en la época de su trabajo no había sobre México); b) Trabajos relativos a las ideas de las elites europeas y mexicana en torno al problema de la criminalidad; c) Estudios sobre práctica judicial en el México de la 1ª mitad del siglo XIX o en naciones extranjeras. 	alternativas a la liberal en los códigos y en las decisiones de los jueces, algunas propias del catolicismo del Antiguo Régimen y otras propias del positivismo.
Pablo Picatto, (2010)	<i>Ciudad de sospechosos. Crimen en la ciudad de México, 1900-1931.</i>	Se busca dar cuenta de las transformaciones de la ciudad de México, de los criminales y de sus víctimas, de la administración de justicia y del castigo, a lo largo de los primeros treinta años del siglo xx	<ul style="list-style-type: none"> – Perspectiva teórica: Historia social y cultural de la ciudad y sus habitantes; el autor "ambiciona atar corrientes historiográficas que han estudiado la 	Al cruzar la línea divisoria de la revolución se busca rebatir los ejes cronológico y conceptual (antiguo régimen -revolución, elite-pueblo) de la historiografía política mexicana. El resultado describe una

Tabla 18
Metodología utilizada en algunas de las obras mencionadas

Autor/a	Título de la obra	Planteamiento principal	Metodología y fuentes	Resultados generales
Pablo Picatto, (2010)	<i>Ciudad de sospechosos. Crimen en la ciudad de México, 1900-1931.</i>	La finalidad del texto es “revisar asertos simplistas y convencionales que postulan a la criminalidad como una enfermedad o desequilibrio de la sociedad” (p. 334), y analizarle desde sus representaciones jurídicas y sociales, prácticas cotidianas y sus consecuencias. De este modo se restaura “el significado político de las interacciones sociales cotidianas y los conflictos con el Estado (p. 35)”, centrados en el muy particular mundo de la criminalidad. El argumento central es que no se puede explicar el delito y su sanción únicamente desde una perspectiva jurídica, y para este caso desde los preceptos teóricos de la antropología criminal y la ingeniería social, sino más	ingeniería social de élite y la resistencia popular como fenómenos paralelos, aislados”. Se busca restaurar el significado político de las interacciones sociales cotidianas y los conflictos con el Estado. – Periodización: De 1900 a 1931; abarca las postrimerías del Porfiriato, la Revolución y los años posteriores; (busca exponer no sólo los cambios, sino también las continuidades que experimentaron el panorama urbano, la criminalidad y la justicia). – Fuentes documentales: 209 registros de procesos penales	ciudad marcada por la sospecha: la criminología y las estrategias represivas del Estado hacían sospechosos a los pobres urbanos; estos a su vez se resistían y negociaban su estatus ante sus comunidades y las autoridades, de quienes también desconfiaban. (p. 35). El autor concluye que la desconfianza crónica hacia las autoridades prevalece hasta hoy, quizá porque muchas víctimas de delitos, para asegurar que se les haga justicia, deben tomar el proceso en sus manos o porque existen sujetos acusados por mera presunción, que tienen que demostrar su inocencia si desean librarse de la cárcel.

Tabla 18
Metodología utilizada en algunas de las obras mencionadas

Autor/a	Título de la obra	Planteamiento principal	Metodología y fuentes	Resultados generales
Pablo Picatto, (2010)	<i>Ciudad de sospechosos. Crimen en la ciudad de México, 1900-1931.</i>	bien se le debe enfocar como producto cultural, donde los dictados de la política criminal se entrecruzan con una resistencia popular como fenómeno paralelo. Es decir, la historia de la criminalidad en la ciudad debe explicarse en la intersección de la política y las prácticas cotidianas.	<p>judiciales individuales; reportes de algunos juicios publicados en la prensa y hemerografía en general; información estadística y demográfica de la época.</p> <p>– Revisión historiográfica: Estudios históricos sobre criminalidad en Europa y América Latina; estudios sobre poder y control social; trabajos sobre autonomía y movilización popular; conquista y aculturación colonial; resistencias.</p>	
Uribe Soto María de Lourdes, (2011).	<i>Aquí hemos nacido y moramos viviendo". Cambio, restitución y conflicto en el ejido de La Palma, S.L.P. (1916-1932).</i>	Se busca evidenciar el proceso de cambio en la estructura de la propiedad de la tierra tras la revolución mexicana en el ejido de La Palma ubicado en los municipios de Rayón	– Perspectiva teórica: Historia social-agraria e indígena; defensa de los territorios; historia del derecho agrario. Identidades étnicas, intermediarismo,	Se abordan los antecedentes locales del estallido revolucionario desde fines del siglo XIX; la larga lucha por la recuperación de tierras llevada a cabo por los

Tabla 18
Metodología utilizada en algunas de las obras mencionadas

Autor/a	Título de la obra	Planteamiento principal	Metodología y fuentes	Resultados generales
<p>Uribe Soto María de Lourdes, (2011).</p>	<p><i>Aquí hemos nacido y moramos viviendo". Cambio, restitución y conflicto en el ejido de La Palma, S.L.P. (1916-1932).</i></p>	<p>Se busca evidenciar el proceso de cambio en la estructura de la propiedad de la tierra tras la revolución mexicana en el ejido de La Palma ubicado en los municipios de Rayón y Tamasopo en el estado de San Luis Potosí. Se rastrean los conflictos propiciados por el proceso de Restitución de tierras al pueblo indígena Xi'Oi en el año de 1922 y posteriores. Las problemáticas que se presentaron van desde las diferentes formas de intervención del nuevo Estado posrevolucionario y sus agentes, la presencia de intermediarios, empresas, hacendados o pequeños propietarios con variados intereses y la consecuente aparición de facciones, sin pasar por alto factores como el histórico choque entre</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Perspectiva teórica: caciquismo y racismo. – Periodización: 1916-1932, (luego de la aparición de la ley del 6 de enero de 1915 y fecha de la 1ª solicitud de restitución de tierras de los indígenas Xi'Oi de La Palma; finaliza cuando la cabecera municipal es cambiada de Las Palma a Tamasopo en 1932. – Fuentes documentales: Constituciones Políticas de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 y de 1917; Leyes agrarias del 6 de enero de 1915 y Artículo 26 constitucional; decretos y circulares de la Comisión Nacional Agraria, 	<p>indígenas de La Palma; tras la revolución se insertaron los intereses políticos de intermediarios y sus clientelas de mestizos, que bajo la bandera de la reivindicación india por sus tierras, lograron obtener la restitución para el grupo indígena al que siempre reconocieron como el "verdadero dueño del ejido". Aparentemente se benefició al grupo indio, pero fue poco a poco desplazado y marginado, para llegar a la época actual en igual o peor situación que antes de la revolución.</p>

Tabla 18
Metodología utilizada en algunas de las obras mencionadas

Autor/a	Título de la obra	Planteamiento principal	Metodología y fuentes	Resultados generales
<p>Uribe Soto María de Lourdes, (2011).</p>	<p><i>Aquí hemos nacido y moramos viviendo". Cambio, restitución y conflicto en el ejido de La Palma, S.L.P. (1916-1932).</i></p>	<p>indios y mestizos y sus diferentes maneras de ver y asumir la explotación de la tierra.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Fuentes documentales: Documentación del ejido de la Palma hallada en el Registro Agrario Nacional, correspondencia oficial de la Comisión Nacional Agraria. Título de composición colonial. – Revisión Historiográfica: Estudios históricos sobre lucha por la defensa de las tierras por grupos indígenas antes y después de la revolución de 1910; trabajos antropológicos sobre identidades indígenas; estructuras agrarias y transformaciones en la tenencia de la tierra; formas de propiedad; las condiciones del campo mexicano durante el porfiriato y 	

Tabla 18
Metodología utilizada en algunas de las obras mencionadas

Autor/a	Título de la obra	Planteamiento principal	Metodología y fuentes	Resultados generales
Uribe Soto María de Lourdes, (2011).	<i>Aquí hemos nacido y moramos viviendo". Cambio, restitución y conflicto en el ejido de La Palma, S.L.P. (1916-1932).</i>		– Revisión Historiográfica: después de la revolución; obras sobre las categorías de campesino, agricultor, aparcerero, rancharo e indio; historia política de México antes y después de la revolución y obras sobre derecho agrario.	

Cuadro de elaboración propia a partir de las obras incluidas

En la Tabla 18 se integraron para su análisis metodológico tres investigaciones en las que se ha hecho uso del método histórico, contemplando además de aspectos jurídicos (leyes, códigos, prácticas del sistema jurídico, juicios, etc.), problemáticas sociales en los que las y los investigadores han analizado ampliamente los contextos donde surgió el proceso de su interés en dichas investigaciones.

Dos de los trabajos tienen como temática central cuestiones relativas al crimen, pero los autores se hacen diferentes preguntas y analizan ámbitos muy distintos de las problemáticas que tienen que ver con la comisión de delitos y las formas en que el crimen es percibido socialmente; en uno el autor se pregunta quiénes son los delincuentes o los sospechosos de serlo; por otra parte, cómo son las prácticas culturales y jurídicas de los funcionarios judiciales (policías y jueces, por ejemplo), ya sea dentro o fuera de la ley y sea de forma consciente o no.

Con la finalidad de mostrar otras fuentes e intereses investigativos, se añade una tercer obra de historia social que gira en torno al derecho agrario, la defensa de la tierra por una población originaria y las pugnas que se generaron tras un cambio en las leyes, lo que trastocó las estructuras de propiedad y las ideas sobre la tenencia de la tierra y sobre las formas de administrarla, y cómo un profundo cambio en la legislación fue capaz de transformar (para bien, para mal, o a veces para peor), la vida de las poblaciones rurales, indígenas y campesinas.

5. Historia de Género-Historia del Derecho

Joan Scott fue quien introdujo la categoría de género a los estudios históricos y evidenció su utilidad en la historia de las mujeres para explicar el porqué de su exclusión (en la historia y en la experiencia cotidiana); Scott logró explicar cómo ocurre dicha exclusión y a través de qué mecanismos.

En su artículo “El género: una categoría útil para el análisis histórico” (1986), incluido en el libro *Género e historia* (México, 2008), la autora propuso una interpretación que unificó posturas que parecían incompatibles en torno a las cuestiones de género, de modo que el acercamiento a la obra de Scott en el contexto social actual, nos indica que la noción y las relaciones de género siguen siendo temas vigentes, pese a que han pasado más de 30 años desde que hizo su propuesta de interpretación.

Como ejemplo de investigaciones históricas cuya metodología pasa por la historia de género y las historias social y cultural, apoyándose en un análisis jurídico en el contexto del México del siglo XIX, examinamos el trabajo de Ana Lidia García Peña, titulado *El fracaso del amor. Género e individualismo en el siglo XIX mexicano*, (2006). Esta obra es una investigación con perspectiva de género, que tiene la virtud de evidenciar algunos de los mecanismos que se han aplicado históricamente para excluir u oprimir a las mujeres. La autora hace diversos análisis en los que existe una convergencia entre la historia jurídica, la historia cultural y la historia social.

En esta investigación, la autora explica ampliamente el proceso de individuación de hombres y mujeres durante el siglo XIX en México y parte de diversos trabajos que ha realizado a lo largo de su trayectoria académica y de investigación, además de una amplia revisión historiográfica acerca de la época.

En relación a la temática del libro la autora dice lo siguiente:

A lo largo de las páginas de este libro, se estudian los conflictos y los pleitos de las parejas de la ciudad de México en el siglo XIX; así, podría decirse que es una historia de los usos del desamor en el México decimonónico. Se busca explicar la forma en que los conflictos domésticos entre mujeres y hombres quedaron plasmados en odio, violencia y abandono, y la manera en la cual se vivieron dichos pleitos en un siglo plagado de iniciativas modernizadoras. (García, 2006, p. 15).

Como se comprende claramente del texto inserto, los problemas y conflictos surgidos en las relaciones de pareja, se enlazan directamente con un momento histórico en que las élites gobernantes se empeñaban en transformar y modernizar al país, tras décadas de guerras y desórdenes de diverso tipo. Es así que se pone en evidencia la forma en que las tendencias económicas que trataban de imponer los grupos gobernantes, al instaurarse, tuvieron implicaciones en la vida privada de los hombres y las mujeres comunes, es decir, en la vida legal, social y en las prácticas culturales en torno a las relaciones de pareja:

Desde finales del siglo XVIII y durante todo el XIX, la Nueva España, posteriormente México, vivió un incansable afán reformista que

terminó por generar nuevos y complejos conflictos domésticos. Dos grandes reformas, la borbónica de finales del XVIII y la liberal de mediados del XIX enmarcaron las características peculiares de la disputa doméstica por estudiar (...). Es importante constatar que, pese a las diferencias entre estas reformas, ambas fueron continuadoras de un mismo proyecto modernizador: La creación de los individuos como tales y la secularización de la sociedad. Tanto ilustrados como liberales fueron herederos del iusnaturalismo o derecho natural, centrado en el individualismo, la racionalidad y la efectividad laica. Dicho proyecto intentó centrar toda la dinámica doméstica y familiar en el individuo y en la voluntad personal. (García. 2006, p. 15).

Con la finalidad de observar la metodología empleada por la autora en esta obra y con miras a mostrar su utilidad en la investigación jurídica o de conformación del derecho, es necesario además de conocer su temática y los contextos o espacios físico y temporal (la ciudad de México en el siglo XIX), identificar sus líneas de investigación principales que son dos: la primera: el fortalecimiento de la autoridad masculina tras la separación de la esfera privada de la pública y la segunda: el distinto proceso de individuación de los hombres y las mujeres. (p. 18).

La autora también analizó los procesos históricos previos al fenómeno investigado, es por eso que mira casi cien años hacia atrás del momento que investiga para comprender el origen de las leyes que entraron en vigor o fueron canceladas y las causas de ello; también se ve claramente su profundo análisis de las complejas interacciones entre las normas o leyes y los contextos culturales, sociales, políticos y económicos que subyacían mientras se impactaba profundamente la vida de hombres, mujeres y sus familias.

Centrándonos en la parte que compete al género en esta investigación, García Peña pone a la vista la forma en la que los cambios jurídicos beneficiaron los intereses de los varones en lo relativo a sus vidas privadas y relaciones amorosas, mientras perjudicaban o afectaban seriamente la vida de mujeres, niñas y niños, de modo que pueden verse las estrechas relaciones entre las mentalidades, la cultura y el derecho, en un contexto temporal, social y económico específico.

5.1. Esquema metodológico de *El fracaso del amor*

La obra multimencionada de Ana Lidia García Peña nos pareció adecuada para mostrar y explicar las estrategias metodológicas de la investigación histórica, que no consideramos solamente útiles para investigar la historia del derecho, sino que proponemos a los estudiosos de esta rama como algo necesario para la comprensión y profundización de los contextos de producción de la norma, así como para explicar los procesos culturales e ideológicos que hay debajo de los cambios en el pensamiento jurídico, que son elementos contextuales muy importantes de los que generalmente han adolecido la investigación jurídica y la historia del derecho.

Luego de leer y revisar meticulosamente el libro de García Peña, podemos establecer y esquematizar con fines explicativos la metodología usada por la autora que, como ya se dijo, puede ayudar a la comprensión principalmente desde las perspectivas de la historia de género y la historia cultural, obviamente además de la historia del derecho.

Los principales procedimientos y temas de interés, además de la organización de la obra pueden puntualizarse de la forma siguiente:

- a) Primero que nada es necesario hacer notar una vez más, que para aplicar el método histórico es necesario conocer lo mejor posible los contextos en que se produce el tema de nuestro interés, cualquiera que este sea; en el caso de la obra analizada, la autora empieza desde la introducción por explicar los cambios y las permanencias en cuanto a los procesos políticos, económicos y sociales previos y durante la época que investiga, por lo tanto, digamos que pone la “mesa” o el “escenario” donde se desarrollará su historia y para ello comienza por explicar el tema, plantear el problema que le interesa (que ya hemos expuesto en páginas previas), así como sus principales objetivos o líneas de investigación, aunque cabe señalar que al tratarse de una investigación a profundidad, va mucho más allá de dichos objetivos concretos.
- b) En la introducción expone los temas que a continuación mencionaremos en el orden siguiente:
 - Las transformaciones de finales del siglo XVIII en la Nueva España con las Reformas Borbónicas y las del XIX ya en México como país independiente, con la reforma liberal de mediados de dicho siglo.

- Los fines que subyacían a dichas leyes emanadas del iusnaturalismo a partir de un mismo proyecto que intentaba centrar la dinámica familiar y doméstica en el individuo y en la voluntad personal, además de la idea de implantar la secularización de la sociedad.
- La forma en que la ilustración y el liberalismo coincidían (pese a ser proyectos diferentes) en un conjunto de ideas, métodos y prácticas cuyo objetivo común era lograr una mayor libertad para los individuos.
- Usando la lente de la perspectiva de género, acota que al confrontar las reformas de libertad con las dinámicas de los conflictos domésticos y las formas en la que mujeres y hombres de la época los vivieron, se revelan realidades históricas muy distintas.
- Se concretizan los anteriores planteamientos a través de las grandes preguntas a responder durante la investigación: “¿Qué significaron la libertad y la creación del individualismo para la familia y el conflicto doméstico? ¿cómo vivieron y sufrieron hombres y mujeres del siglo XIX la disputa doméstica y el proceso reformista modernizador? ¿cuál fue el modelo de secularización que se impuso a la sociedad decimonónica?” (p. 16).
- Enfatiza los tres enfoques en los que se centra la investigación: a) las normatividades, b) las variaciones de las instituciones jurídicas y de beneficencia y c) las discursividades y cambios culturales en mujeres y hombres de la época. Es decir, a lo largo del texto se analizan la normatividad, la administración de justicia y los discursos de género,⁶ lo que permite a la autora confrontar las características de la reforma individualista con los comportamientos y las prácticas culturales a lo largo del siglo XIX.
- Indica que los actores sociales en los que se centra la investigación son los protagonistas principales del conflicto doméstico tanto dentro como fuera del matrimonio: “Los comportamientos de esposas y esposos, concubinas y concubinos y de las amantes y sus queridos (...)” (p. 17). Todo ello en el contexto de la familia, una institución

6. La autora enfatiza que el término discurso no sólo se refiere el lenguaje presente en los procesos judiciales sino a la suma de símbolos, acciones y valores colectivos, así como a los elementos históricos objetivos que conformaron el conflicto doméstico. (p. 16).

cerrada en lo interior, pero abierta en lo social en la que coexisten muchos factores en oposición: mujer-hombre; lo más íntimo y la mayor exigencia social; lo público y lo privado; los impulsos del individuo y las restricciones sociales; la paz y los disgustos.

- García Peña establece las categorías teóricas a través de las cuales interpreta los diversos y variados fenómenos que atraviesan su obra: La perspectiva de género y la sociología del conflicto de Georg Simmel, lo que trae a colación la cuestión de la disputa legal en donde la vida en común se quiebra y sustituye a la cotidiana solución de conflictos que ahora es llevada por “abogados” que nada tienen que ver con la relación de la pareja y reducen el conflicto a la lucha por sí misma.
- Lo anterior da pie para explicar a través del uso de la categoría de género, las abismales diferencias entre las construcciones genéricas de las mujeres y los hombres y traer a colación a las primeras historiadoras feministas,⁷ que han formulado y enriquecido el concepto de género.
- A continuación, García comienza la contextualización abordando las cuestiones demográficas y económicas de la época estudiada, enriquecida con comparaciones en cuanto a permanencias, cambios, vaivenes y discordancias en relación a las estadísticas de la primera mitad del siglo XIX con la segunda. De forma muy concreta, la autora concluye que durante los primeros tres cuartos del siglo hubo un estancamiento demográfico y económico que mantuvo a la ciudad de México en condiciones muy parecidas a las de la época borbónica, hasta llegar al último cuarto del siglo en que la población comenzó a crecer y por lo tanto la ciudad también, proceso derivado de la activación económica y de un gran crecimiento de la ciudad.
- Tras los mencionados datos, pasa al análisis de a) la conformación de las unidades domésticas y por quién estaban encabezadas en distintos momentos del siglo (hombres o mujeres), b) la tasa de

7. La autora menciona varias que han realizado aportes a nuevas interpretaciones del siglo XIX mexicano como Nash (1984), Lamas (1986), Bock (1991), Ramos (1993) y por supuesto Scott (1996).

matrimonios (que fue muy baja durante casi todo el siglo y sólo empezó a subir a finales), y c) la preponderancia de mujeres trabajadoras durante los últimos lustros del siglo, que ocurrió principalmente por factores migratorios derivados de la pobreza y otras problemáticas, lo que trajo como consecuencia tres fenómenos sociales que determinaron el conflicto doméstico: una baja tasa de matrimonios, la conformación de múltiples relaciones al margen de la legitimidad del matrimonio y el frecuente cambio de pareja.

- Es en este contexto sociodemográfico que la autora analiza los dos procesos reformistas que enmarcan el tema investigado: la ilustración y el liberalismo. García indica que durante los primeros 50 o 60 años de crisis económica y social perduró el efecto de la reforma ilustrada, mientras que cuando se recuperaron la economía y la población de la ciudad, sucedió la consolidación de la reforma liberal, no por ser una mejor que la otra, sino gracias a las mejoras materiales (p. 23).
- c) Las fuentes
- Para el desarrollo de esta investigación la autora consultó diversos tipos de fuentes entre las que sobresalen los archivos judiciales (Archivo Histórico del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal), donde revisó todos los juicios familiares del ramo civil (126 juicios de divorcio y 197 juicios por alimentos); en el Archivo General de la Nación (AGN), analizó los grupos documentales Bienes Nacionales, Clero Regular y Secular, Infidencias, Criminal, Judicial y Matrimonios. En este último archivo revisó 176 juicios de divorcio y 11 por alimentos, lo que suma un total de 500 juicios de lo familiar. Los juicios de divorcio incluyen dos tipos principales: Los eclesiásticos hasta 1859 y los civiles entre 1859 y 1900. Los procesos de divorcio incluyen demandas por abandono, adulterio, nulidad, malos tratos y depósitos. Los procesos por alimentos incluyen demandas por abuso sexual, seducción y abandono.
 - Con el fin de identificar las permanencias y los cambios, la autora señala por ejemplo que los juicios por alimentos fueron una alternativa a los divorcios “y abrieron las puertas del aparato judicial a la extendida ilegitimidad de las relaciones de pareja (...). Los viejos juicios coloniales por ruptura de promesas matrimoniales

de esponsales y de estupro, promovían la reparación de un daño moral y que la mujer seducida viviera honesta y cristianamente. A diferencia de ellos, los procesos por alimentos fueron un paso más en el desarrollo reformista e individualista del conflicto doméstico, pues significaron la aceptación pública e institucional de las uniones consensuales y la búsqueda de una solución pragmática: alimentar a los hijos naturales.

- La autora analizó, además, un segundo grupo de fuentes, que fueron las concernientes a la beneficencia pública de la ciudad de México; en el AGN se revisaron los fondos Beneficencia Pública del Distrito Federal y los expedientes relativos a Seguridad Pública en Gobernación. Además, en el Archivo Histórico del ex Ayuntamiento de la ciudad de México se consultaron los fondos de Beneficencia, Consejo General de Beneficencia, Asilos, Casa de Recogidas, Hospicio de Pobres, Hospitales, Casa de Maternidad, entre otras.
 - Como un tercer tipo de fuentes consultadas incluyó las legislaciones colonial y republicana, además de la hemerografía de la Ciudad de México.
- d) Organización y contenido de la obra
- El libro se divide en cuatro partes y ocho capítulos. La primera parte se denomina “El individualismo en México, teoría y normatividad”, y se compone del primer capítulo en el que se efectúa una revisión histórica del individualismo con fundamento en lo teórico-jurídico y se propone un esquema interpretativo de la reforma individualista, entendida como un proceso histórico complejo, contradictorio y que en muchos aspectos fue perjudicial para las mujeres del siglo XIX.
 - En dicho modelo se plantean tres propuestas fundamentales: el fortalecimiento de la autoridad masculina; la construcción de un sistema individualista basado en el hombre y que margina a la mujer, así como los mecanismos de resistencia femeninos que fueron transformando las relaciones de poder en la pareja decimonónica.
 - La segunda parte titulada “Violencia y ruptura del matrimonio”, se compone de los capítulos II, III y IV en los cuales se reconstruyen

las principales características de la violencia conyugal decimonónica, caracterizada por el reforzamiento de la autoridad masculina y la privatización del maltrato. La autora indica que, ante un siglo tan violento, el divorcio tuvo una doble cara desde la perspectiva de género: Para las mujeres se convirtió en una estrategia que les permitía escapar del maltrato masculino y para los hombres en la búsqueda individualista que les permitía recuperar su libertad.

- La tercera parte lleva por título “La cultura del encierro de las esposas”, y la integran los capítulos V, VI y VII, en los que se analiza otra faceta del conflicto doméstico también vinculada a la violencia masculina; el tema gira en torno a la institución jurídica del depósito de las esposas y su carácter multifuncional y polémico. Mientras las mujeres se defendieron de sus hombres violentos por medio del depósito privado, los hombres lucharon por fortalecer el depósito público de sus esposas en instituciones de beneficencia y correccionales. La autora se pregunta si esto significaba ¿protección o encierro? Y responde que el depósito tuvo ambas funciones, pues sirvió a los intereses tanto masculinos como femeninos inmersos en una interminable lucha de intereses.
- La cuarta parte (y última), titulada “Madres solteras y esposas respetables”, que incluye el capítulo VIII, el cual se centra en la historia de la legitimidad de las madres solteras, quienes lucharon por insertarse en el proceso de individuación de la pareja conyugal. Para ello la autora analiza las reformas y los cambios jurídicos y discursivos de la investigación de la paternidad durante el siglo XIX y analiza los discursos de seducción femenina y honorabilidad masculina y sus cambios a lo largo del siglo. La autora afirma que sin duda las mujeres sufrieron un gran embate en dicho siglo, por la prohibición liberal de investigar la paternidad conforme al insostenible argumento de proteger el honor masculino.
- Las últimas secciones del texto se componen de las conclusiones cuyo título es “Mujeres y hombres ante el proceso de individuación”, y de tres anexos que constan de una revisión bibliográfica de los diferentes temas que componen el libro, las aproximaciones históricas al siglo XX y la lista nominal de los juicios consultados.

6. Reflexiones finales

Con la intención de enriquecer las habilidades metodológicas de las y los interesados en la investigación histórica en general o en cualquiera de sus corrientes teóricas y metodológicas, pero particularmente para los estudiosos de la historia del derecho y de los procesos jurídicos, hicimos el presente trabajo en el que procuramos realizar una explicación más o menos detallada y lo más sencilla posible, de las ventajas de la aplicación y uso del método histórico, sus características y los elementos principales a considerar para realizar investigaciones diacrónicas sobre los procesos jurídicos o los cambios y permanencias en la norma, haciendo énfasis en la necesidad de observar cualquier tema o proceso con una lente histórica (trans y multi-disciplinaria y temática), necesaria para entender de forma mucho más global los procesos históricos ligados con el derecho que, cabe decir, son prácticamente todos los que tienen que ver con el acontecer de las sociedades humanas.

La propuesta se hace considerando la naturaleza social del ser humano, dado que la vida en comunidad y la convivencia han sido y siguen siendo indispensables para la sobrevivencia; por ello ha sido necesario a lo largo de la historia establecer un orden que organice dicha vida social. Sin embargo, al paso de los años, los siglos, los milenios, las normas no han permanecido inmutables, y se han complejizado de manera que hoy sus procesos y transformaciones y los sistemas ideológicos que siempre están detrás de las normas —no siempre de manera tan evidente para cualquier persona, alteran y cambian las normas de convivencia, la cultura, la economía, la política— las relaciones privadas y públicas y las de los grupos sociales o individuos con el Estado.

Dejamos pues este trabajo para las y los interesados, esperando pueda serles útil.

7. Bibliografía

- Álvarez, González, R. M. “Las fuentes del conocimiento de lo jurídico”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie. Año XLVII, núm. 139, enero-abril de 2014. (pp. 39-63).
- Bloch, M. (1959). *Introducción a la Historia*. Breviarios, Fondo de Cultura Económica. (pp. 47).

- Braudel, F. (2015). *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*. Fondo de cultura económica.
- De la Reguera, J. Vallejo Fernández, (2014). *Maneras y motivos en Historia del Derecho*. Vol. 23. Editorial Dykinson, SL.
- Gamboa, F. (2011). Santa. Porrúa.
- García Peña A. L. (2006). *El fracaso del amor. Género e individualismo en el siglo XIX mexicano*. El Colegio de México. Universidad Autónoma de México. <http://ri.uaemex.mx/handle/20.500.11799/21555>
- . (2017). *Un divorcio secreto en la Revolución Mexicana: ¿todo por una jarocho!* El Colegio de México. (160 pp).
- Picatto, P. (2010). *Ciudad de sospechosos. Crimen en la ciudad de México, 1900-1931*. La casa Chata.
- . (2020). *Historia Nacional de la infamia: crimen, verdad y justicia en México*. CIDE. Grano de Sal.
- . (2015). *La tiranía de la opinión: el honor en la construcción de la esfera pública mexicana*. El Colegio de Michoacán.
- Sáez-Rosenkranz, I. (2016). “El método histórico aplicado a la investigación educativa”. /*REIRE*, Vol. 9. Núm. 2, julio.
- Sau, Victoria. (2000). *Diccionario ideológico feminista*. Volumen I. Icaria la mirada esférica, Patriarcado. (p. 237).
- Speckman Guerra, E. (2020). *Homicidio, justicia y nota roja en la Ciudad de México, década de 1930*. Academia Mexicana de la Historia.
- . (2019). “El derecho a vivir como una mujer amante y amada”. Nydia Camargo, su crimen y su juicio. El Colegio de México.
- . *Del Tigre de Santa Julia, la princesa italiana y otras historias. Sistema judicial, criminalidad y justicia en la Ciudad de México, siglos XIX y XX*. INACIPE.
- . (2001). *Crimen y Castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia*. Ciudad de México, 1872-1910. Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM. El Colegio de México.

- Taylor, W. B. (1987). *Embriaguez, homicidio y rebelión en las poblaciones coloniales mexicanas*. Fondo de Cultura Económica. (295 pp).
- Navarro Sánchez U. Q. (2009). *Criminalidad y justicia penal en San Luis Potosí: el caso de los delitos de sangre, 1755-1786*. Editorial Académica Española.
- . (2010). *La justicia, las leyes criminales y la concepción del delito en el antiguo régimen*.
- . (2011). *Criminalidad y justicia penal en San Luis Potosí*.
- Uribe Soto M. L. (2011). “Aquí hemos nacido y moramos viviendo”. *Cambio, restitución y conflicto en el ejido de La Palma, S.L.P. (1916-1932)*. Editorial Académica Española.
- . (2011). *Cerro de San Pedro: Un acercamiento a su historia agraria durante la posrevolución*.
- . (2016). *Prostitutas, rateras y pulqueras. Resistencias, poder y control social durante el porfiriato en la ciudad de San Luis Potosí*. Maestría en Derechos Humanos de la UASLP. CENEJUS.

Capítulo 10

Modo antropológico en la investigación social

Guillermo Luévano Bustamante

1. Introducción

Varios son los puentes entre la antropología y el derecho,¹ aunque no siempre están despejados para su tránsito. Para andar de un lado a otro suele requerirse cierta disposición en cada extremo. En los años recientes se han abierto nuevas posibilidades de comunicación entre ambos campos disciplinares, e incluso se apuesta por la existencia de territorios compartidos en los que, en la investigación de fenómenos sociales, no se indague de manera separada sobre los aspectos socioculturales, que se creían exclusivos del saber antropológico, y los normativos, supuestamente propios del Derecho “como ciencia”.

La antropología jurídica suele ofrecer esa posibilidad investigativa en varios sentidos: la antropología, “a secas”, enriquece la observación, el análisis y la puesta en funcionamiento del derecho cuando incorpora categorías, conceptos, métodos y herramientas. Este abordaje sociocultural del campo jurídico cuestiona el carácter formalista puramente normativo del Derecho, lo reconoce como un fenómeno sociocultural e histórico, y así lo estudia.

1. Recurro a la analogía que utilizó Milka Castro Lucic (editora) en *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho. Orientaciones desde la Antropología Jurídica*, Santiago, 2014, Universidad de Chile.

En este texto ofrezco un panorama de algunas posibilidades para realizar investigación jurídica con auxilio del campo antropológico, en un modo llamado antropojurídico y que se deriva de la antropología jurídica.

2. Referentes previos para la investigación antropojurídica

Por principio, es preciso decir que no hay una sola antropología jurídica en México. O para fines de este texto, diremos con Esteban Krotz (2002, 13), que no hay un solo enfoque antropológico jurídico. La primera forma de hacer antropología jurídica estuvo orientada principalmente a indagar en espacios habitados por pueblos y comunidades indígenas, hoy es viable hablar de una antropología del derecho en contextos urbanos, como se verá. Es decir, inicialmente la antropología miraba el campo jurídico en contextos que consideraba no plenamente ocupados por el derecho estatal, y en donde se reconocían otras formas de organización jurídico-política, sin la presencia de un aparato burocrático. Así fue como la antropología ayudó a sostener la existencia del pluralismo jurídico.

El origen de esta combinación entre saberes artificialmente desconectados, que son la antropología y el derecho, que se interesa por los fenómenos asociados a la justicia desde una perspectiva sociocultural, es complejo. En realidad, la Antropología y el Derecho, como saberes estructurados, comparten un tramo en su proceso de formalización científica o, cuando menos, un tipo de hacer y entender la antropología y una forma en que se aborda el Derecho encontraron elementos comunes en el siglo XIX occidental. La naciente práctica etnológica evolucionista lineal de Henry Maine y de Lewis Morgan implicó un abordaje sociocultural de los procesos jurídicos, ahí nació probablemente lo que hoy llamamos Antropología del Derecho².

Henry Maine era profesor de Derecho en la Universidad de Cambridge cuando escribió su obra más conocida: *Ancient Law*. Aunque había nacido en Escocia pertenecía a una familia de funcionarios coloniales británicos en la India, en 1862 se trasladó a la India como asesor legal del Consejo

2. Véase: Luévano, Guillermo, “Sociedad antigua, derecho antiguo. Los orígenes de la antropología jurídica en Maine y Morgan” en Alejandro Rosillo (Coord.), *Estudios jurídicos-políticos en homenaje al profesor Eligio Ricavar*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2007, pp. 373-380.

Supremo del gobernador general.³ Lewis Henry Morgan era norteamericano, había nacido en el estado de Nueva York y ahí estudió Derecho. Formaba parte de una agrupación llamada “El círculo gordiano” que hacia 1842 cambió de nombre a “La gran orden de los iroqueses”. Para estudiar la Liga de los Iroqueses se trasladó a las reservaciones indígenas a fin de estudiar sus costumbres y realizar numerosas entrevistas cuyos resultados fueron publicados después en varias de sus obras.⁴ Ambos autores se interesaron en el desarrollo de las sociedades que llamaban “primitivas” en términos evolutivos y ambos eran profesionales del Derecho, por lo cual su perspectiva como juristas y su práctica en la etnología da pautas para identificar el origen de la antropología jurídica. Aunque con diferencias en sus enfoques, ambos sostenían, con base en sus observaciones etnográficas, que el Derecho era una expresión de la tradición y la cultura de las sociedades, lo cual contradecía la idea de la unidad y ahistoricidad del Derecho. El Derecho así entendido, no es una unidad homogénea y atemporal, por el contrario, es un producto histórico y particular. Los postulados de Maine respaldaron la escuela historicista del Derecho, la de la tradición de Savigny, pero también fortalecen la defensa de una idea de pluralismo jurídico frente al Derecho hegemónico. Además, esta idea controvierte el formalismo positivista que concibe al derecho como un simple conjunto de normas.

En el caso de México, la historia de este campo investigativo, como tal, es relativamente breve. Según refieren dos de sus precursoras más destacadas, Victoria Chenaut y María Teresa Sierra, fue en 1987 cuando profesionales de la Antropología y el Derecho, principalmente, procedentes de instituciones como el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, el Instituto Nacional Indigenista, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, El Colegio de México, y la Universidad Autónoma Metropolitana, se decidieron a organizar los esfuerzos académicos para impulsar los estudios socioculturales del Derecho, sobre todo mediante la categoría analítica de la etnicidad⁵ y las prácticas asociadas a la justicia en comunidades indígenas.

3. Palerm, Ángel, *Historia de la etnología II. Los evolucionistas*, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, Tlaquepaque, 2005, p. 176.

4. *Ibidem*, p. 221.

5. Chenaut, Victoria y Sierra, María Teresa, “El campo de la investigación de la antropología jurídica” en *Nueva antropología*, núm. 43, vol. XIII, México, 1992, p.101.

De lo anterior parece que era en las poblaciones originarias donde podía recurrirse a la Antropología como medio para entender las prácticas jurídicas desde una perspectiva no estrictamente formal-legalista, es decir, que el aporte principal de la Antropología en el campo jurídico consistía en ayudar a identificar que el Derecho es más que las normas escritas institucionales elaboradas e implementadas por aparatos estatales burocráticos, que los pueblos y comunidades indígenas tienen sus propios sistemas normativos diferenciados, por lo común, de los Estados que los contienen administrativamente.

Si bien la Antropología de los fenómenos jurídicos surgió en México (y en el mundo occidental) como una forma de entender los aspectos socioculturales y el carácter histórico de las prácticas jurídicas en poblaciones originarias, tras tres décadas de investigaciones de especialistas, su bagaje empírico, sus presupuestos teóricos y su andamiaje metodológico sirven para una comprensión compleja de los fenómenos jurídicos también en el ámbito urbano.

El modo de investigación antropológico-jurídica permite abordar procesos, fenómenos, prácticas, incluso discursos, asociados a la justicia, el poder, desde el Estado o desde organizaciones comunitarias.

3. La antropología jurídica como posibilidad investigativa

Maine y Morgan eran profesionales del derecho y etnólogos. De su trabajo de campo en la India y Estados Unidos derivaron la idea de que el Derecho era una expresión de la tradición y la cultura de las sociedades, contrario a los presupuestos de ahistoricidad, universalidad y unidad del Derecho⁶. Como juristas interesados en las prácticas de sociedades antiguas relacionadas con la justicia y el ejercicio del poder sancionador de las autoridades, y en la jerarquización de la organización social, mantuvieron notables diferencias interpretativas, pero contribuyeron con sus conclusiones, al incipiente reconocimiento del pluralismo jurídico moderno. Ambos aportes son quizá el antecedente más reconocido o difundido para el surgimiento de la Antropología jurídica. Aunque ya podríamos hallar otros indicios de una vinculación entre la defensa de la tradición, la historia y los derechos

6. Luévano, Guillermo, *op. cit.*, p.374.

en la América precolombina, por ejemplo, en la praxis de Bartolomé de las Casas, Alonso de la Vera Cruz y Vasco de Quiroga⁷. Si bien en esos casos no puede hablarse de una subdisciplina “científica”, lo que sí es posible identificar es cuando menos esos tres casos referidos es una práctica de defensa de derechos de poblaciones sometidas a una juridicidad ajena, impuesta y contraria en ocasiones a sus propias concepciones de lo justo y lo bueno, como presupuestos éticos conformadores de su propia juridicidad.

En la recuperación de una tradición hispanoamericana de derechos humanos serían estos y otros los precursores. Pasarían muchos años, sin embargo, para la concreción del campo disciplinar que ahora llamamos Antropología jurídica o Antropología del Derecho.

En todo caso, como decíamos con Chenaut y Sierra que sucedió en la Ciudad de México con profesionales de la antropología cuyo principal interés eran las prácticas de la justicia en las comunidades indígenas⁸, fue la noción de “sociedades plurales” una de las vetas que posibilitó el tránsito hacia el reconocimiento del pluralismo jurídico⁹. El campo conceptual de los derechos humanos se presenta como un espacio privilegiado para el abordaje de la antropología jurídica, gracias a esa noción sobre la coexistencia de distintas formas de entender y aplicar la justicia por varias comunidades en un territorio compartido.

Oscar Correas se refiere al pluralismo jurídico como la coexistencia de dos o más sistemas normativos en un mismo espacio estatal¹⁰. Esta noción sobre las prácticas, las representaciones, las instituciones, los mecanismos y las normas asociadas a la justicia de una comunidad se corresponde en todo caso con la idea de pluralidad social, o más aún, con la pluralidad cultural¹¹.

-
7. Rosillo, Alejandro, *La tradición hispanoamericana de derechos humanos. La defensa de los pueblos indígenas en la obra y la praxis de Bartolomé de Las Casas, Alonso de la Veracruz y Vasco de Quiroga*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012.
 8. Chenaut, Victoria y Sierra, María Teresa, *op. cit.*, p.101.
 9. Korsbaek, Leif y Mercado, Florencia, “La sociedad plural y el pluralismo jurídico, un acercamiento desde la antropología del Derecho”, en José Emilio Rolando Ordoñez (coord.), *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 153 y 154.
 10. Correas, Oscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, Fontamara, México, 2003.
 11. Korsbaek, Leif y Mercado, Florencia, *op.cit.*, p. 155

El desplazamiento de la defensa de la diversidad cultural, social, luego política desde la antropología hacia el derecho posibilitó eventualmente el surgimiento de la antropología jurídica, por la necesidad de reconocer, estudiar, comprender (¿y explicar?) la convivencia de la multiplicidad de sistemas normativos en un mismo espacio social.

La defensa de la diversidad, primero como presupuesto conceptual, se volvió una defensa de la praxis política. Es por ello que al campo de los derechos humanos le sirvió de insumo para acreditar el pluralismo jurídico como argumento teórico y práctico. Es por eso también que coadyuva en las posiciones críticas del derecho, para explicar y procurar la defensa de poblaciones históricamente excluidas.

Para el positivismo jurídico de la tradición kelseniana, o al menos para la interpretación dominante en México, esta posibilidad es inviable, en la medida en que dicha comprensión del derecho sostiene que solo hay un sistema normativo en cada comunidad política, el que procede del Estado. Aunque Kelsen en realidad no propuso una teoría del derecho despolitizada, sino que su pretensión desideologizadora tenía, a nuestro parecer, una vocación crítica,¹² la versión más difundida en México presentó su doctrina como funcional a los intereses del poder en el Estado.

Esa supuesta simbiosis entre Estado y Derecho es en realidad una confusión de la verdadera relación del derecho más bien con una clase social dominante, política y económicamente, en virtud del funcionamiento del sistema jurídico en las sociedades clasistas, en donde las normas, instituciones y agentes están al servicio de quienes están en el poder, de modo que la defensa del orden público es en realidad la defensa de los intereses de una clase. Esa clase que cuenta además con una élite política.

En palabras de Boaventura:

La “condición inicial”, de orden epistemológico, para el funcionamiento eficaz del derecho como derecho de Estado en las sociedades capitalistas es la unidad del Estado, su especificidad funcional y su separación inequívoca en relación a la sociedad... [...] esa condición

12. Rosillo, Martínez, Alejandro y Luévano, Bustamante Guillermo, “La teoría pura del derecho kelseniana como principio de desideologización: entre la intención y la imposibilidad” en *Revista do curso do Direito Amicus Curiae*, vol.11, Universidad do Extremo Sul Catarinense, Brasil, 2014.

inicial sufrió una profunda erosión [...] La juridización de la práctica social fue simultáneamente producto y agente de esa erosión. La ecuación Estado/Derecho fue desestabilizada y, consecuentemente, el carácter estatal del Derecho se volvió problemático; en vez de característica intrínseca, pasó a ser variable. [...] a medida que el derecho se implicaba en las prácticas sociales que pretendía regular o constituir se distanciaba del Estado: al lado de la utilización del derecho por el Estado, surgió la posibilidad de usar el derecho en contextos no estatales y hasta contra el mismo Estado¹³

Esto es, el Estado capitalista concentra en el gobierno las funciones del sistema jurídico mediante un diseño centralizado y niega discursivamente las posibilidades de creación y apropiación del derecho al resto de la sociedad. El sustento de ese derecho es entonces la fuerza, más que la legitimidad.

La introducción desde la antropología del pluralismo social y cultural al derecho, traducido en el reconocimiento del pluralismo jurídico, es entonces la pauta que posibilitó el allanamiento del camino hacia una comprensión sociocultural de los sistemas normativos. Y además hacia un uso social-comunitario del derecho.

Si bien la relación entre antropología y derechos humanos se presenta en la actualidad como casi natural, no lo fue así desde el surgimiento de la antropología jurídica. De hecho, como sugiere Rachel Sieder, la antropología jurídica como subdisciplina surge, de cierta manera, cobijada por el colonialismo.¹⁴ Como es bien sabido, los primeros antropólogos británicos (Sieder refiere por lo menos a Evans Pritchard y Radcliffe Brown¹⁵) realizaban sus investigaciones con el auspicio de la monarquía en pueblos colonizados por aquella, con evidentes fines políticos. Tal como sucedió con la antropología en general, el saber etnológico de los pueblos era usado

13. Sousa Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Vol. 1, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2003, p.170

14. Sieder, Rachel, "La antropología frente a los derechos humanos y los derechos indígenas" en Ariadna Estévez y Daniel Vásquez (coords.), *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*, FLACSO-UNAM-CISAN, México, 2010, p. 192.

15. *Ibidem* p.193.

por quienes financiaban las investigaciones para allegarse elementos de dominación y control.

4. El modo investigativo antropológico en contextos ampliados

La misma Rachel Sieder identifica al menos tres periodos en la consolidación de la Antropología Jurídica como campo disciplinar: el primero marcado por el estructural funcionalismo, caracterizado por el abordaje de pueblos y comunidades como sistemas cerrados y atemporales, que va de 1950 a 1960, aproximadamente; el segundo de 1960 a 1970, permeado por una visión etnohistórica y etnográfica que miraba al derecho de pueblos y comunidades como sistema semi-autónomo; y el tercero, pautado por la globalización y el internacionalismo, que pone énfasis en el enfoque de saberes multisituados, para una comprensión compleja de las prácticas jurídicas¹⁶. Es quizá momento de incorporar un nuevo periodo a la breve historia de nuestra disciplina. O una ramificación que sin sustituir a la que podríamos llamar “antropología jurídica clásica” en tanto que sigue siendo vigente, necesaria y pertinente para la comprensión de los sistemas normativos de comunidades y pueblos originarios, también se dirija al estudio del sistema jurídico hegemónico formal-constitucional, en la medida en que éste también es susceptible de ser analizado más allá de sus normas, sino también de sus representaciones, sus usos, sus discursos, sus prácticas, sus sujetos.

Entendemos al sistema normativo hegemónico como aquel que se impone sobre otro, en virtud de su efectividad para hacerse acatar, como ya decía, más que por su legitimidad, por el acompañamiento que le asiste de la fuerza pública.¹⁷ Diego Iturralde sostiene que si bien las primeras investigaciones de este campo que llamamos Antropología jurídica se orientaron al estudio de las reivindicaciones que postulaban los derechos de los pueblos indígenas, en los años posteriores a la primera oleada de las investigaciones socio-culturales del derecho, se ha utilizado también la subdisciplina para referirse a las demandas de otras colectividades y de personas que se encuentran en situaciones en las que el sistema normativo formal no responde

16. *Ibidem* p. 197.

17. Correas, Oscar, “Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia” en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, septiembre-diciembre, Nueva serie año XXVII, 1994, p. 614.

debidamente a las expectativas propias de grupos diferenciados por género, edad o atributos culturales¹⁸.

El nuevo abordaje de la antropología jurídica a problemas en entornos “urbanos” no vinculados con población indígena se aproxima ineludiblemente al campo ya más consolidado de la sociología jurídica. Pese a los propios problemas conceptuales para definir a la sociología jurídica o sociología del derecho, diremos en términos generales que se dedica al estudio de “las causas y los efectos del derecho”, a decir de Oscar Correas.¹⁹ La definición aparentemente reducida, contiene ya de entrada, los fenómenos culturales, políticos, sociales, históricos y económicos, que más allá de las llamadas “fuentes formales” del derecho, dan origen al sistema de normas jurídicas en una comunidad.

¿Cuál es la ventaja que ofrece entonces la incorporación de la antropología jurídica respecto a la sociología jurídica para el estudio de los sistemas normativos en contextos urbanos? La respuesta podría ser larga y profunda, de índole epistemológica, atendiendo a las diferencias históricas disciplinares entre sociología en general y antropología social en general, pero diremos por ahora que el aporte principal de la antropología jurídica urbana es el enfoque etnográfico, el énfasis en las prácticas culturales y la inmersión más profunda en el fenómeno normativo. Pero en ningún momento desestimo la importancia de preservar la sociología jurídica como acompañante de la antropología jurídica urbana. En todo caso me pronunciaría por la pertinencia de un abordaje socio-cultural del derecho, como me he venido refiriendo en este texto. Y más aún, destacaremos también las particularidades de la sociología jurídica crítica que contribuyen a esta comprensión compleja que se propone de forma combinada.

Quizá como apunta Jesús Antonio de la Torre Rangel, el objeto de estudio de la sociología jurídica es la relación recíproca entre derecho y sociedad²⁰ y en esa imbricada relación caben perfectamente los presupuestos

18. Iturralde, Diego, “Utilidades de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos: experiencias recientes” en *Revista Pueblos y Fronteras digital. Estudios, aportes y retos actuales de la antropología jurídica en México*, Núm.5, México D.F, Junio-Noviembre 2008, p.3.

19. Correas, Oscar, *Introducción a la sociología jurídica*, Fontamara, México, 2007, p.29.

20. De La Torre, Rangel, Jesús Antonio, *Sociología Jurídica y uso Alternativo del Derecho*, Instituto Cultural de Aguascalientes, Aguascalientes, 1997, p.40.

metodológicos de la antropología jurídica, la inmersión en la comunidad de estudio, la presencia de lo cultural-simbólico, las representaciones. Finalmente, en este debate, como en general sucede con las ciencias sociales, no es posible ni deseable separar tajantemente ni los abordajes ni los fenómenos de las comunidades.

Por el contrario, creemos que específicamente en estos casos ha de procurarse una investigación integrativa, interdisciplinaria. Por tanto, la antropología jurídica urbana que se postula aquí ha de procurar tener siempre presente al resto de las ciencias sociales, específicamente a la sociología y a la historia, cuando menos.

5. Socio-Antropología jurídica para la crítica del derecho

Por ejemplo, ya el propio Jesús Antonio de la Torre identificaba las ventajas de la recurrencia a la sociología jurídica para la formulación de una crítica jurídica latinoamericana, tal como han proyectado en México él mismo y Oscar Correas, y en Brasil, Pressburger y Wolkmer, entre otros²¹.

Sirve también ese abordaje de lo social y cultural del derecho para procurar lo que desde el pensamiento político de De la Torre se ha venido denominando “uso alternativo del derecho”, esto es el uso de la juridicidad vigente a favor de las personas pobres. Entendiendo como “pobres” a los agentes y movimientos sociales que legitimarían las nuevas juridicidades, que ejercen con sus prácticas modalidades libertarias dentro del sistema normativo²².

El uso alternativo del derecho procura entonces la coadyuvancia con las causas de los grupos sociales desplazados de la titularidad de derechos del propio sistema normativo por razones políticas, económicas o por el diseño estructural de las leyes y las instituciones que les dificultan su acceso pleno, ya sea mediante burocracias, normas que se expresan en lenguaje tecnificado o en una jerga especializada y prácticas que les resultan ajenas e incomprensibles.

21. *Ibidem*, p.47.

22. Wolkmer, Antonio Carlos, “Direito comunitario alternativo. Elementos para un ordenamiento teórico práctico” en *Lições de Direito Alternativo 2*, Editora Acadêmica, Sao Paulo, 1992, p.199.

Este es claramente un aporte desde la sociología jurídica al campo disciplinar que se defiende en este texto para contribuir a una función que Boaventura de Sousa llama emancipadora, o que posibilita la creación de formas de legalidad “desde abajo”²³. El derecho moderno había delimitado para el Estado la función de creación y aplicación del derecho. El abordaje socio-cultural del derecho contribuye a la desestatalización del sistema de normas para acercarlo a la sociedad.

La noción es disruptiva porque controvierte las enseñanzas clásicas de la formación positivista del derecho, en las que, como ya decíamos, Estado y Derecho eran solo posibles uno a través del otro y de cualquier forma el sistema jurídico servía para reproducir el orden establecido. Aunque ya se ha dicho también que poco a poco la sociedad ha ido recuperando, mediante luchas emancipadoras en América Latina, la capacidad creadora de las normas reguladoras de la vida social, recurriendo a la tradición de pueblos originarios, a presupuestos éticos comunitarios, y a la propia legalidad positivizada nacional y aún internacional.

Los alcances de la crítica jurídica y del uso alternativo del derecho no son menores. No solo se trata de subvertir el control absoluto del Estado sobre la legalidad, sino de dotar, desde esta perspectiva, a la sociedad de una capacidad creadora y reproductora de sus formas de vida para que el derecho sea entonces más legítimo y menos coercitivo. Mientras tanto, sirve al menos para contener las violencias estatales que se expresan en la ley, en su instrumentación, en las instituciones y sus operadores.

En su libro *La enseñanza del derecho como forma de acción política* Duncan Kennedy²⁴ comparte algunas de sus experiencias como profesor en la Universidad de Harvard al intentar transmitir nociones teóricas y empíricas que desvelen el carácter político de las normas jurídicas. El escenario que muestra es complejo: poca receptividad en su alumnado, críticas de sus colegas y, en general, un entorno institucional adverso. Sostiene el profesor estadounidense que las Facultades de Derecho son, por lo común,

23. Sousa, Boaventura de y Rodríguez, César, *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, UAM Cuajimalpa Antrhopos, México, 2007, p.8.

24. Duncan, Kennedy, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012

instituciones del aparato capitalista y burocrático,²⁵ y que, por lo tanto, son espacios en los que es preciso oponer resistencia.

El libro sostiene una tesis: el núcleo doctrinal del derecho privado tiene una orientación ideológica identificada con las derechas, o cuando menos con la centroderecha, mientras que otras expresiones del campo jurídico se distancian de esa perspectiva e incluso se aproximan a un tipo de praxis izquierdista. Entre las posibles aplicaciones del derecho que se distancian de la centroderecha del derecho privado Kennedy identifica a los estudios políticos, el derecho público, el procesal, el abordaje interdisciplinario y la enseñanza clínica.²⁶

Siguiendo a Duncan Kennedy, una de las maneras de desapegarse de la rigidez del núcleo doctrinal, ideológica y políticamente vinculado a la derecha, del derecho privado es el tratamiento interdisciplinario. Especialmente la sociología y la antropología ayudan a vacunar al derecho de su excesivo formalismo positivista. En el uso y recurrencia a dichas disciplinas para la comprensión y articulación compleja del derecho me inclino por una denominación que las combina y que denominaré “abordaje sociocultural del derecho”.

6. Socio-Antropología jurídica para la crítica del derecho

El modelo de formación en investigación y, en general, de enseñanza “tradicional” o dominante en el campo jurídico es vertical, autoritario, memorístico y excesivamente verbalizado.²⁷ Ello implica que la función de las y los estudiantes suele ser pasiva, poco reactiva y principalmente receptiva. Hay poca incidencia en la ejecución de operaciones mentales y ejecución de procedimientos jurídicos, tanto legislativos, administrativos, judiciales y aún de investigación por parte de quienes asisten a las aulas universitarias en las Facultades de Derecho.

Recientes modelos de formación en investigación y de enseñanza del derecho apuestan por formas más interactivas y proactivas que demandan otras modalidades de quien educa en el campo jurídico. Por ejemplo, el

25. *Ibidem*, p. 50.

26. *Ibidem*, pp. 16 -24.

27. Witker, Jorge y Larios, Rogelio, *Metodología jurídica*, McGraw Hill, México, 2002, p. 188.

modelo de enseñanza crítica que requiere un método dialéctico y análisis contextual de los procesos jurídicos exige del estudiantado una participación más activa.²⁸ Del mismo modo la interdisciplinariedad, que se logra por ejemplo con el modo antropojurídico, permite contextualizar y complejizar los fenómenos jurídicos.

Hay temas del campo jurídico que requieren un tratamiento interdisciplinario. En un primer momento pareciera que hay tópicos que naturalmente convidan a la mirada antropológica, por ejemplo, todos aquellos que implican como variable a la interculturalidad: migrantes ante la justicia de un país ajeno, pueblos indígenas ante la justicia estatal de su propio país.

Sin embargo, como hemos sostenido, recientemente se reconoce la conveniencia de incorporar un análisis sociocultural a los fenómenos jurídicos en general. Así, además de la antropología jurídica, se benefician del modo antropojurídico, la antropología política, la antropología de la justicia, de la burocracia, del Estado, etc.

En el modo antropojurídico se recurre a los siguientes elementos, entre otros:

- **El uso de la etnografía.** La etnografía aplicada a registrar procesos jurídicos suele traducirse en datos que no son perceptibles en otras formas de investigación social en el derecho. De aquí se desprenden tipos de investigación que indagan en el comportamiento de tribunales, burocracias en general, uso y distribución del espacio, prácticas específicas que no suelen registrarse en investigaciones jurídicas “tradicionales”. Así, el modo antropojurídico permite evidenciar relaciones de poder, prácticas culturales, símbolos, discursos, contextos, que, desde el puro análisis jurídico, o desde una hermenéutica positivas excluye sentidos y significados más allá de la pretendida literalidad de la ley escrita estatal;
- **La contextualización del fenómeno que se estudia.** La construcción de un contexto requiere por lo común la elaboración de un entrecruce diacrónico-sincrónico en el que se refleje la relación del asunto que se investiga. Es decir, se coloca al fenómeno investigado en su lugar

28. Hernández, María, *Didáctica aplicada al derecho*, UNAM – Porrúa, México, 2008, p. 198.

en el tiempo y en el espacio, para evitar incurrir en anacronismos e interpretaciones etnocéntricas.

- **Extensión hermenéutica.** Los modelos hermenéuticos no solo se aplican a la interpretación de normas, sino de símbolos, discursos, prácticas. El modo antropojurídico implica que, en el abordaje de temas de investigación sobre normas legales, ya sea puestas en práctica, disputadas o controvertidas, se revisen significados no explícitos, no solo textuales, y también acciones concretas en su contexto.

La antropología jurídica es un campo subdisciplinar en el que se observan los fenómenos jurídicos como sociales, culturales e históricos. El modo antropojurídico recupera las herramientas teórico-metodológicas para la investigación jurídica, lo que suele constituir un enfoque crítico respecto a otros tratamientos más formalistas o de corte positivista en el campo del derecho.

Lo peculiar de un modelo de investigación antropojurídica sería incorporar desde el diseño, un enfoque que además de ser obviamente interdisciplinario, es intercultural, esto sería el primer aspecto que concreta nuestro abordaje académico.

Otra precisión necesaria es que este tratamiento en el acercamiento al estudio de fenómenos, procesos y formas jurídicas no implica que sea exclusivo de la antropología, de hecho, es conveniente y se sugiere aquí iniciarlo desde la formación jurídica. En las Facultades de Derecho, en los Centros e Institutos de Investigación Jurídica, y especialmente las y los estudiantes de abogacía, pueden echar mano del andamiaje conceptual y metodológico descrito antes para desplegar sus proyectos investigativos, teniendo en cuenta, al menos las siguientes consideraciones, a partir del hecho de que se asume que el derecho es un fenómeno social y cultural:

Diría por simplificar que una investigación formalista o excesivamente positivista suele preferir como “objeto” de investigación a las normas, sentencias, y en general se hace a través de documentos. En el modo antropojurídico es posible además abordar los hechos, valores, discursos, prácticas, instituciones y relaciones asociados a la justicia.

Por ejemplo: Si hay un interés por tema legal que puede ser abordado a partir de una sentencia judicial, una ley, un juicio, el modo

antropojurídico puede incorporarse en la formulación de contextos, en la realización de etnografías de los espacios físicos relativos o de entrevistas a actores clave.

Las fuentes de información ya no son solo documentales y las técnicas de investigación se diversificaron con la etnografía, entrevista, grupos focales, historia oral, etc.

Pero, además, el modo antropojurídico ofrece la posibilidad de ampliar el mismo tema, con una mirada más panorámica, o de elegir otros más variados temas jurídicos con un tratamiento más allá de la sentencia, la ley, la jurisprudencia o una institución estatal, pueden estudiarse prácticas, discursos, perspectivas sobre decisiones judiciales o estatales.

7. Conclusiones

Se planteó en este texto un vínculo posible entre la antropología y el derecho que deriva en el campo subdisciplinar que llamamos antropología jurídica. De ahí extraemos que, además, puede utilizarse un modo antropojurídico para la investigación de temas en el derecho. Para estudiantes de licenciatura o pregrado puede ser útil indagar en las aportaciones teóricas y conceptuales, pero sobre todo en las metodológicas traídas de la antropología y de las ciencias sociales en general, para procurar un entendimiento interdisciplinar, complejo, más allá de la ley y de una comprensión formalista del derecho. Esto amplía las posibilidades investigativas de los fenómenos jurídicos: una mayor diversidad de temas y de enfoques incluso para los temas que podríamos considerar “clásicos” y predilectos en el campo jurídico.

8. Bibliografía

Chenaut, Victoria y Sierra, María Teresa, “El campo de la investigación de la antropología jurídica” en *Nueva antropología*, núm. 43, vol. XIII, México, 1992, p.101.

Correas, Oscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, Fontamara, México, 2003.

- Correas, Oscar, “Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia” en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, septiembre-diciembre, Nueva serie año XXVII, 1994
- Correas, Oscar, *Introducción a la sociología jurídica*, Fontamara, México, 2007.
- De la Torre, Rangel, Jesús Antonio, *Sociología Jurídica y uso Alternativo del Derecho*, Instituto Cultural de Aguascalientes, Aguascalientes, 1997.
- Duncan, Kennedy, *La enseñanza del derecho como forma de acción política*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2012.
- Hernández, María, *Didáctica aplicada al derecho*, UNAM – Porrúa, México, 2008.
- Iturralde, Diego, “Utilidades de la antropología jurídica en el campo de los derechos humanos: experiencias recientes” en *Revista Pueblos y Fronteras digital. Estudios, aportes y retos actuales de la antropología jurídica en México*, Núm.5, México D.F, Junio-Noviembre 2008, p.3.
- Korsbaek, Leif y Mercado, Florencia, “La sociedad plural y el pluralismo jurídico, un acercamiento desde la antropología del Derecho”, en José Emilio Rolando Ordoñez (coord.), *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- Krotz, Esteban, “Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica” en Krotz Esteban (Ed), *Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos-Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2002.
- Luévano, Guillermo, “Sociedad antigua, derecho antiguo. Los orígenes de la antropología jurídica en Maine y Morgan” en Alejandro Rosillo (Coord.), *Estudios jurídicos-políticos en homenaje al profesor Eligio Ricavar*, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2007.
- Rosillo, Alejandro, *La tradición hispanoamericana de derechos humanos. La defensa de los pueblos indígenas en la obra y la praxis de Bartolomé de Las Casas, Alonso de la Veracruz y Vasco de Quiroga*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012.

- Rosillo, Martínez, Alejandro y Luévano, Bustamante Guillermo, “La teoría pura del derecho kelseniana como principio de desideologización: entre la intención y la imposibilidad” en *Revista do curso do Direito Amicus Curiae*, vol.11, Universidad do Extremo Sul Catarinense, Brasil, 2014.
- Sieder, Rachel, “La antropología frente a los derechos humanos y los derechos indígenas” en Ariadna Estévez y Daniel Vásquez (coords.), *Los derechos humanos en las ciencias sociales: una perspectiva multidisciplinaria*, FLACSO-UNAM-CISAN, México, 2010.
- Sousa Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Vol. 1, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2003, p.170.
- Sousa, Boaventura de y Rodríguez, César, *El derecho y la globalización desde abajo: hacia una legalidad cosmopolita*, UAM Cuajimalpa Antrhopos, México, 2007.
- Witker, Jorge y Larios, Rogelio, *Metodología jurídica*, McGraw Hill, México, 2002.
- Wolkmer, Antonio Carlos, “Direito comunitario alternativo. Elementos para un ordenamiento teórico práctico” en *Lições de Direito Alternativo 2*, Editora Académica, Sao Paulo, 1992.

Capítulo 11

Modo sociológico-jurídico en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural

Alex Valle Franco
Alejandro Rosillo

1. El modo sociológico-jurídico en la investigación

1.1. Antecedentes y características

Investigar desde el modo sociológico jurídico implica una necesaria coordinación interdisciplinar entre el derecho y la sociología. Para Salamanca (2015), este modo consiste en el enfrentamiento con el problema de los hechos confusos y caóticos “del dinamismo impersonal de las relaciones sociales en la producción (origen), circulación (desarrollo) y apropiación (distribución y consumo) de los derechos de los pueblos y la Naturaleza, en cuanto praxis jurídicas normativas, sus instituciones y sistemas jurídicos” (p. 70). Por lo anotado, el derecho entendido como ciencia o como sistema de normas, no puede dar respuestas eficaces –más allá de su orden normativo o jurisprudencial– a los hechos y fenómenos sociales, es por eso, que se apoya en la sociología como una ciencia que le permite verificar las relaciones sociales como productoras de un derecho más amplio.

Realizar una investigación desde el modo sociojurídico, implica dar un sentido más amplio al derecho, explicando la realidad social más allá de la norma positiva y de sus métodos tradicionales de interpretación. El modo sociojurídico, intenta hallar un sentido a las relaciones entre el derecho y la sociedad, y, de otra parte, se pretende mostrar la eficacia de las normas

en “las interacciones sociales de todos quienes entran en contacto con las instituciones legales y sus representantes (agentes de policía, abogados, jueces, legisladores, etc.), y el significado que las personas le dan a su realidad legal” (Treviño, 1996, p. 113). Por su parte, Silva (2002, p. 115), entiende a la sociología jurídica como “la especialidad de la sociología que conoce acerca de las instituciones (estructuras) relativas al control jurídico en su relación con las prácticas sociales (interacciones) que acaecen en la sociedad”.

El rol de la sociología jurídica es trascendente en el mundo del derecho y de sus instituciones, por una parte, nos permite explicar de forma amplia y profunda el carácter de las instituciones sociales/jurídicas más allá de la base legal, sino desde el origen social, las relaciones de poder y los mecanismos de control de dichas instituciones en su relación con los administrados. El análisis de la profesión jurídica, la estructura judicial, las ideologías profesionales, las instituciones de control judicial, el uso de la fuerza, la vigencia de la costumbre, la convivencia de sistemas de pluriculturalidad y justicia, sólo son posibles desde el análisis multidisciplinar. ¿Cómo entender, por ejemplo, la migración o el hecho migratorio más allá de las normas vigentes? ¿Cómo entender, las decisiones judiciales de los jueces, más allá de las sentencias? ¿Qué relaciones de poder, jerarquías, u otros elementos sociales, políticos, económicos existen en esos casos u otros? ¿Cuáles son las relaciones de la justicia con el poder político? ¿Hay una justicia selectiva que penaliza y sanciona la pobreza?, etc.

Por otra parte, la sociología jurídica permite al investigador analizar hechos sociales directa e indirectamente ligados con el mundo del derecho, entendiendo el derecho como esa praxis viva de los pueblos y comunidades que nacen fruto de sus propias necesidades y capacidades. Desde el derecho no es posible entender a cabalidad, los hechos sociales como la pobreza, la violencia estructural, la violencia familiar, la discriminación, el racismo, la exclusión, la xenofobia, la homofobia, hacinamiento carcelario, entre otros, sin la ayuda de la sociología. En principio, un abogado formalista, procesalista, positivista, diría que estos temas no tienen nada que ver con el derecho (concebido como sistema de normas), sin embargo, su relación es estrecha y su estudio permite dar soluciones integrales y eficaces a los hechos y fenómenos sociales. Por lo mencionado, debemos preguntarnos, ¿cómo se elabora un sistema normativo –eficaz– sino se conocen las causas de los hechos referidos? Y peor aún, ¿cómo plantear posibles soluciones a

hechos sociales, solo desde la norma? ¿qué tipo de política pública efectiva debe aplicarse conforme la normativa vigente y la realidad social?

De lo analizado, la investigación desde la sociología jurídica permite una deconstrucción del derecho y un planteamiento del sistema de normas desde abajo, para dar paso a una construcción normativa desde la realidad social y desde las necesidades propias de cada comunidad. La elaboración de un derecho o una legislación, únicamente desde la técnica legislativa de unos cuantos “expertos” que desconocen la realidad social o que pretenden trasplantar una legislación foránea, estará destinada al fracaso o al menos a su ineficacia o inobservancia.

La investigación desde el paradigma del modo sociológico jurídico, conlleva investigar no sólo la problematización de los mismos con base a sus conocimientos, sino también el planteamiento de soluciones a necesidades jurídicas o sociales específicas (Munévar, 2014). Desde esta apreciación científica de la investigación en Derecho, Bernal y García (2003) han considerado dos tipos de investigación (p. 24):

La investigación en el Derecho se desenvuelve en dos sentidos diferentes: el primero, los problemas se plantean al interior del derecho (investigación jurídica o pura) (...) y las soluciones debe ser trabajadas dentro de las fuentes formales del derecho. (...) En el segundo sentido, los problemas se plantean por fuera del ordenamiento jurídico (investigación socio-jurídica o aplicada); se parte del supuesto del carácter normativo del derecho, como instrumento para producir efectos dentro de la realidad social.

Por lo arriba descrito, lo sociojurídico parte del reconocimiento que tienen los aspectos sociales para el Derecho, bajo la aclaración *prima facie* de que la sociología es una ciencia que estudia los fenómenos sociales, y en concreto, las relaciones intersubjetivas de los seres humanos. De ahí que la sociología jurídica sea “aquella rama de la sociología general que tiene por objeto una variedad de fenómenos sociales: los fenómenos jurídicos o fenómenos de Derecho” (Carbonnier, 1982, citado en Carvajal, 2011, p. 113). Según el autor Renato Treves (1988), para realizar investigaciones desde la sociología jurídica, es necesario conocer al menos, las tres concepciones principales

en torno a ella, las mismas que tienen un desarrollo temporal conforme se indica a continuación:

Disciplina que promueve y desarrolla investigaciones empíricas para fines de carácter práctico, conectadas especialmente con la producción y aplicación del Derecho (desde 1966).

Disciplina que tiene como objeto de estudio las relaciones entre el Derecho y la sociedad y que se divide en dos partes, una teórica y otra empírica (entre 1977 y 1980).

Disciplina que desarrolla dos tipos de investigaciones diferentes, pero conectadas entre sí e incluso complementarias: la determinación del “Derecho libre” o derecho producido fuera de los esquemas jurídicos formales, y el estudio de la situación y función del Derecho en la sociedad (desde 1988).

Finalmente, se puede decir que “la sociología jurídica es una disciplina científica que intenta explicar las causas y efectos de las normas jurídicas. En tanto ciencia, es un conjunto de enunciados que pretenden describir plausiblemente –es decir pretenden ser “verdad”– tanto los fenómenos que pueden ser vistos como causantes o “determinantes” del ser así de las normas jurídicas, como los fenómenos que pueden ser vistos como efectos de ellas.” (Correas, 1993, p. 29).

Para Oscar Correas (1993), el interés por las normas de la sociología jurídica, está limitada a la explicación de ¿por qué dicen eso que dicen? y no alguna otra cosa. Pero esto no quiere decir que el sociólogo del Derecho no deba conocer las normas tal cual las describe la dogmática jurídica, sino todo lo contrario, este conocimiento es el presupuesto para identificar la validez de la norma, de su jurisprudencia, de sus causas y efectos.

1.2. El objeto de estudio desde el modo sociojurídico

En los antecedentes, se ha descrito de manera general, una breve introducción relativa al objeto de estudio de la investigación socio-jurídica, partiendo desde el análisis de los comportamientos sociales prescritos en las normas, entendidas como la hipótesis que se formula desde el Estado acerca de las

conductas que hay que realizar (deber ser). También se analizan las instituciones vigentes o las que hay que crear para alcanzar los fines políticos, sociales o jurídicos que se propone un gobierno en un momento histórico determinado. En un tercer momento, está el análisis de los juicios de valor y su relación con los hechos fácticos sobre la problemática social que se pretende resolver y sobre los medios con los que se cuenta para ello. Según Ángel Giraldo (2012, p. 17) “son juicios lógicos encaminados a establecer la suficiencia y adecuación de los medios establecidos en la norma para alcanzar el fin propuesto”.

Para Oscar Correas (1993), si se acepta que el Derecho está constituido por un conjunto de discursos prescriptivos dirigidos a determinar la conducta de los ciudadanos, entonces la sociología jurídica tiene por objeto el estudio de las causas y los efectos –eficacia– del discurso del Derecho. Es decir, le interesa analizar si la norma jurídica se cumple o no en la realidad, sin entrar a detallar su validez o su legitimidad, sino solo en su eficacia. Desde esta misma óptica, Tantaleán (2016), considera que la investigación sociológica-jurídica busca verificar y evaluar la aplicación del derecho en sede real, verificar el efectivo cumplimiento de las normas jurídicas y la efectividad de los medios de coacción empleados para lograr su cumplimiento.

Por todo lo anteriormente descrito, cabe señalar que la sociología jurídica tiene como característica principal el análisis crítico del positivismo jurídico como sistema exclusivo de normas, especialmente, porque este no reconoce el pluralismo jurídico. El positivismo excluye la axiología, los hechos sociales, y el surgimiento de espacios no regulados por el ordenamiento jurídico. La positivización del derecho, entiende que la norma jurídica, como producto que emana exclusivamente del Estado, deja a un lado los efectos del Derecho en las relaciones sociales (Carvajal, 2011), creando un gran vacío que distorsiona el efecto amplio y útil del Derecho concebido desde la realidad social de los pueblos.

En esta investigación, toma especial relevancia la aparición de nuevos mandatos de conducta emanados del propio devenir cotidiano, en especial desde la pluralidad jurídica, cultural y social existente en todos los países. En otras palabras, así como se evalúa que las normas jurídicas ya existentes se cumplan en la realidad, también es factible detectar normas plenamente

eficaces que no existen válidamente (que no están reconocidas formalmente pero que la sociedad las cumple, y que, en algunos casos, han dado pie para su formalización). Es decir, el análisis de ese derecho material existente más allá de su reconocimiento positivo u Estatal. Por ello, se ha dicho que las investigaciones socio-jurídicas se encargan del estudio de la facticidad del derecho o de su ser, comprendiendo a la práctica jurídica (*law-ways*) y a la vida de los grupos (*folk-ways*) (Witker, 1995, citado en Tantaleán, 2016).

Según Salamanca (2021), se debe diferenciar entre la investigación producida desde la sociología jurídica y aquella que parte desde el modo sociojurídico, pues en el primer caso nos encontramos en el ámbito de la sociología. Bajo este enfoque, el sociólogo jurídico bien puede ocuparse de investigar el campo del Derecho, pero su real motivo de indagación se concentra en explorar, analizar, ni explicar las relaciones de poder en el derecho y sus relaciones con las personas o instituciones inmersas. Un claro ejemplo de lo mencionado, es el hecho de que al sociólogo no le interesa las razones o procesos que dieron lugar a la reparación moral de un daño, señalado por medio de la jurisprudencia.

Por otra parte, Salamanca (2021) señala que el jurista que usa el modo sociojurídico busca explorar, analizar o explicar el dinamismo de relaciones de poder, pero vinculado en su afectación a instituciones y bienes jurídicos como derechos de las personas (también de la naturaleza) o a su reflexión teórica. Desde el ejemplo mencionado anteriormente sobre la reparación moral en sentencia, el jurista busca indagar las relaciones de poder inmersas tanto en la violación de derechos como en la producción de la sentencia que le reconoce o no ese derecho moral a una reparación, así como los efectos de la misma en la víctima.

Por lo descrito en los párrafos precedentes, Salamanca (2021) considera que con el modo sociojurídico, tanto el sociólogo como el jurista están en plena capacidad de realizar investigaciones de un mismo hecho en el ámbito del derecho pero más allá de la norma y el derecho, ya que al primero le interesa su expresión de la relación social de poder; y, al segundo su relación social de poder “jurídico” (que no es la reducción normativa, sino la vinculación de la misma con bienes jurídicos, con derechos humanos, con cumplimiento o no de derechos, con su producción, circulación y apropiación, etc.).

1.3. Criterios que se deben tomar en cuenta en las investigaciones desde el modo socio-jurídico

Dado que la sociología jurídica estima la eficacia del Derecho en la sociedad, y aborda problemas en torno a su implementación, entendiendo al Derecho como un instrumento para el desarrollo y la solución de conflictos sociales (Bustamente, s/a), es necesario establecer que el modo sociojurídico es mucho más amplio, y puede establecer un análisis de las relaciones de poder, los bienes jurídicos, las personas y la naturaleza (sus derechos, instituciones y reflexiones de legitimación).

Según Tantaleán (2016) es importante mencionar que, desde la escuela crítica del Derecho, la ciencia jurídica tradicional es vista como instrumento empleado para la legitimación del poder o la dominación. Desde el modo sociológico jurídico se analiza el Derecho más allá de su discurso ideológico, y con relación a otras disciplinas, tales como: la política, la filosofía, la moral, la historia y la economía. Por tanto, el análisis no se queda únicamente en la norma o el derecho positivo. Los problemas que se abordan no solo se encierran en la eficacia simbólica de la norma, la racionalidad del juez, sino que va más allá y toman como objeto de estudio a los estudios de género, temas de discriminación o exclusión, pluralismo jurídico, entre otros (Munévar, 2014).

Según Salamanca (2021), la distinción entre hacer investigaciones desde la sociología y el modo sociojurídico permiten evitar que al investigador: 1º) no caer preso de la sociología, 2º) evitar acusaciones de eclecticismo y falta de identidad metodológica en el Derecho; 3º) dotarle al Derecho de la riqueza de la identidad de su modo propio de investigación enriquecido con la interdisciplinariedad de técnicas sociológicas, en este caso. Para entender de mejor manera, lo mencionado, Salamanca (2021) nos relata un ejemplo desde la construcción social, jurídica, y religiosa de los jueces.

Por ejemplo, la investigación sobre la extracción socio religiosa de los jueces de los tribunales de las Cortes Provinciales en Ecuador, es una investigación socio jurídica (campo de la Sociología). La investigación sobre cómo afecta la extracción socio religiosa de esos jueces a la materialización del derecho a la igualdad de género, es una investigación en modo socio-jurídico (campo del Derecho)

Para Munévar (2014), los estudios que pueden realizarse dentro del modo sociológico-jurídico son principalmente de dos tipos y contienen diversas posibilidades de desarrollo:

1. Estudios de interrelación entre normas positivas, relaciones de poder y realidad social:
 - Investigaciones sobre el grado de eficacia y efectividad de un determinado Derecho
 - Investigaciones sobre el sustrato social de un determinado ordenamiento jurídico (en su afectación a los bienes jurídicos)
 - Investigaciones acerca de la influencia efectiva del derecho sobre la realidad social (en su afectación a los bienes jurídicos)
2. Estudios de interrelación entre valores jurídicos, ejercicio de derechos y realidad social:
 - Investigaciones acerca de los valores aceptados en una sociedad (en su afectación a los bienes jurídicos)
 - Investigaciones sobre el sustrato sociológico de los valores jurídicos
 - Investigaciones sobre la influencia que los valores jurídicos pueden ejercer en la realidad social

2. Metodología para investigar desde el modo sociológico-jurídico

Al hablar de la metodología de investigación nos referimos al conjunto de métodos, enfoques, modos y técnicas de investigación que se aplican en un determinado objeto de estudio. En el caso particular, el modo está definido, y su metodología incluirá un abordaje desde métodos, enfoques y técnicas que permitan el análisis inter/trans/multidisciplinar e intercultural (Munévar, 2014). El análisis desde la interdisciplinariedad, incluye diálogos conceptuales y epistemológicos que coinciden para cumplir con un objetivo en común. La investigación transdisciplinaria, que también es reconocida como una “ciencia unificada”, debe tener como finalidad la creación de un nuevo marco conceptual en torno a un objeto de estudio común. Por último, la investigación multidisciplinaria, debe entenderse como aquella en la que trabajan independientemente investigadores de diversas disciplinas, en un mismo proyecto común (Munévar, 2014).

Según Ángel Giraldo (2012), la investigación socio jurídica es eminentemente interdisciplinaria; por lo tanto, si se trata de analizar un problema relacionado con la salud, en principio, serán los profesionales de esta disciplina los que determinen el fenómeno de estudio y las características analizadas, lo propio sucederá, en áreas económicas, políticas, sociales, psicológicas o de cualquiera otra índole.

En el caso mencionado, el objeto de estudio y el método para conocer la realidad dentro de la cual se da la problemática social estudiada, es el que corresponde a la respectiva ciencia, el contexto y a la decisión más acertada del investigador. Sin embargo, en este tipo de investigación no se tiene una finalidad meramente cognitiva-descriptiva, sino que se va más allá, en cuanto se busca conocer esa realidad para modificarla en función de la meta que se pretende alcanzar. Es decir que la investigación no se reduce a la mera descripción del fenómeno social, sino que analiza las características de cada fenómeno, su relevancia social, su incidencia, y su posible modificación para mejorar su utilidad o recae en la búsqueda concreta de posibles soluciones a los problemas planteados.

Para lograr los mencionados fines, es necesario que el investigador defina tanto el método, como el enfoque, el modo y las técnicas de investigación. Si el modo escogido es el relacionado con el socio-jurídico, en el ejemplo arriba propuesto, el investigador debería decantarse por conocer cómo el problema jurídico planteado ha afectado los derechos de salud de las personas, cuáles han sido las relaciones de poder en el ejercicio de dicho derecho, y cómo encontrar mecanismos para la restauración de dicho derecho, su compensación o indemnización.

Según Munévar (2014), la investigación sociológica jurídica permite analizar el hecho social desde dos vías. Por una parte, el nacimiento del derecho desde los hechos sociales (en palabras de Boaventura de Sousa Santos, desde abajo); y, por otra parte, del impacto de la norma producida por el legislador (desde arriba). En el primer caso, encontramos un estudio desde la materialidad de los hechos sociales, las necesidades respecto del ejercicio de ciertos derechos, mientras que, en el segundo, solo el impacto (positivo-negativo) de la norma vigente en su aplicación. Al primero lo podemos concebir como un derecho vivo que surge y pervive independientemente del reconocimiento Estatal, y al segundo, como un derecho de papel (de un deber ser) que solo constata su hipótesis con la conducta concreta.

Por lo anotado, el modo sociojurídico de investigación, tiene una amplia gama de posibilidades de estudio, el cual no siempre implica trabajo de campo puesto que puede ser de carácter teórico-documental o teórico-práctico, según la profundidad deseada. En definitiva, en la investigación socio jurídica los problemas se centran por fuera del ordenamiento jurídico –entendido como norma/ley– y más bien se conducen a las fuentes reales o materiales del Derecho como realidad social inmanente. Es decir, la realidad social “está formada por los hechos sociales que crean la necesidad de las reglas jurídicas en un lugar dado y en determinado momento” (Pérez Escobar, citado en Munévar, 2014). Para finalizar esta parte, cabe recalcar, que los estudios desde las fuentes tradicionales del Derecho positivo (ley, jurisprudencia, doctrina, principios generales) pueden resultar limitados, a menos que se involucre un análisis más amplio desde el modo sociojurídico, el cual permite un estudio interdisciplinar, multicultural, desde diversos campos de las ciencias sociales.

2.1. Recopilación de información en el modo sociológico-jurídico y técnicas

Los métodos y técnicas a utilizarse en el modo sociológico-jurídico no le pertenecen exclusivamente al derecho, sino que son compartidos de la sociología (y de otras ciencias), por lo que hay que recurrir a ellas para conocer cuál será el método adecuado para el desarrollo de la investigación (Tantaleán, 2016).

La recopilación de la información puede realizarse con diferentes instrumentos y métodos dependiendo de la fuente de información y del problema planteado. En general, la etapa de recolección de los datos consta de los siguientes pasos:

- Determinación de los fenómenos específicos sobre los cuales se va a investigar y respecto de los cuales se debe recoger información.
- Operacionalización de las variables del estudio y de los indicadores correspondientes.
- Decisión sobre el instrumento apropiado.
- Adquisición o elaboración del instrumento.
- Prueba del instrumento.

- Reproducción y distribución del instrumento, o planeación de las observaciones si se van a realizar.
- Entrenamiento de los recolectores de la información, si intervienen varios, como suele ser necesario.
- Recolección de los datos.
- Verificación de la recolección.
- Control de la validez y confiabilidad de la información recolectada.
- Tabulación de los datos.

Una descripción más clara y detallada de las técnicas de investigación usadas desde el modo socio jurídico nos la presenta Antonio Salamanca (2015) en su investigación “La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar: Metodología, epistemología, gnoseología y ontología” (p. 70, 71).

El autor muestra técnicas que se pueden usar según el enfoque (cualitativo o cuantitativo/mixto). Las técnicas cualitativas cuentan con el apoyo de programas informáticos de análisis como *Atlas ti*, *Ethnograph*, *Nvivo* y *Decision Explorer*. Por otra parte, las técnicas más usuales según Salamanca (2015) son:

- i. Cuestionarios;
- ii. encuestas cualitativas;
- iii. la observación de campo;
- iv. entrevista cuantitativa;
- v. encuesta cuantitativa;
- vi. identificación de datos secundarios recolectados por otros investigadores;
- vii. pruebas estandarizadas o inventarios;
- viii. recolección de datos mecánica o electrónica;
- ix. la entrevista cualitativa;
- x. las biografías e historias de vida;
- xi. los grupos de enfoque;
- xii. la obtención de datos documentales (registros, materiales, artefactos)

Las técnicas de carácter cuantitativo según Salamanca (2015), cuentan con el apoyo de programas informáticos de análisis como *Statistical Package for*

the Social Sciences (SPSS) y *PASW Statistics*. Entre las técnicas analíticas cabe mencionar:

- i. Unidades de primera codificación de los datos;
- ii. Unidades de primera sistematización de los datos según categorías prestadas o creadas;
- iii. Análisis estadístico descriptivo para cada variable;
- iv. Análisis estadístico paramétrico;
- v. Análisis descriptivo;
- vi. Análisis estadístico multivariado;
- vii. Análisis estadístico no paramétrico;
- viii. Análisis de la inmersión inicial;
- ix. Análisis de la inmersión profunda;
- x. Análisis detallado de los datos;
- xi. Unidades de segunda codificación de datos;
- xii. Unidades de segunda sistematización de los datos según categorías prestadas o creadas.

2.2. Finalidad y explicación del modo socio-jurídico de los hechos

La investigación socio jurídica no se conforma con el análisis de la norma, sino que tiene como finalidad la creación o modificación del derecho, y para ello coloca de frente a la ciencia jurídica con respecto a la realidad social y no por fuera de ella. En ese sentido, es posible afirmar, sin temor a equívocos, que la investigación desde el modo sociojurídico al integrar “Derecho” y “realidad social” busca analizar dicha realidad para mejorarla a través del mismo orden jurídico, o para corroborar si el orden jurídico es apto para la realidad en la cual se origina. La investigación sociojurídico busca además plantear hipótesis de solución a los vacíos (anomias-lagunas), inconsistencias (antinomias-colisiones normativas) o inquietudes formuladas como un problema investigativo que está inmerso en relaciones de poder (Giraldo Ángel, 2012). La investigación desde el modo socio jurídico debe al menos ser desarrollada en tres etapas: 1) obtención de los datos en los hechos, 2) el análisis y 3) la probación, falsación o verificación de la investigación.

Para explicar de forma gradual la aplicación del modo socio jurídico en un caso concreto, vamos a retomar el ejemplo citado sobre la investigación

de ¿cómo afecta la extracción socio religiosa de los jueces a la materialización del derecho a la igualdad de género? (campo del Derecho).

En primer lugar (1), el investigador, debe enfocarse a la obtención de los datos relativos a la orientación religiosa de cada uno de los jueces, según el segmento escogido (Corte Nacional, Corte Provincial, juzgados inferiores, Corte Constitucional, etc.). Después que el problema jurídico ha sido aprehendido, como “hechos caóticos y confusos, y antes de buscar la explicación al mismo, hay una fase fundamental en la investigación (2): el análisis sistémico de esos hechos” (Salamanca, 2015). Según Salamanca (2015) a dicha fase se le ha denominado también análisis dialéctico (v.gr. en la tradición marxista). El principal objetivo de esta fase es discernir lo concreto de lo difuso, dejar de lado lo confuso y caótico, y emprender una labor sistematizadora y explicativa, la cual debería tener al menos tres momentos:

(1º) delimitar, fijar y centrar el estudio de los hechos en cada una de las partes susceptibles de relativa separación; (2º) integrar, sistematizar y reaprehender las partes de los hechos a la luz de la totalidad. Para ello se requiere el recurso de conceptos y categorías, tomados de paradigmas existentes o creados por el propio investigador; (3º) la creación tentativa –en su caso– de postulados explicativos (hipótesis) y el sometimiento de los mismos a verificación, falsación, o cualquier modo de probación. (Salamanca, 2015, p. 75)

De lo mencionado, en el caso concreto, el investigador debería delimitar el tema de análisis, por ejemplo, con la revisión de sentencias emitidas por todos los jueces de la Corte Nacional de Justicia respecto de los casos relativos al derecho a la igualdad de género. Posteriormente, se debería sistematizar los casos y organizarlos conforme elementos comunes respecto del acto que ha vulnerado el derecho, año, grupo etario, grupo étnico, origen geográfico, entre otros elementos.

Finalmente, el investigador debería plantearse una o varias hipótesis respecto de los elementos a su disposición, por ejemplo, ¿las mujeres de tal grupo etario o étnico sufren mayor violación a sus derechos? ¿las decisiones de los jueces con orientación religiosa son más sensibles a fallar a favor de temas de violencia de género? ¿las decisiones de los jueces que no tienen

ninguna orientación religiosa tienen mayor neutralidad en casos de violencia de género?

Finalmente (3), está la etapa de verificación o de falsación de las hipótesis planteadas, siempre y cuando la investigación vaya más allá de un análisis descriptivo o exploratorio, pues no todas las investigaciones terminan con dichos postulados de probación. En el caso concreto, una vez tomada la población de estudio, digamos 20 jueces de la Corte Nacional de Justicia, analizadas las sentencias relativas a género en un periodo específico de tiempo (delimitación temporal), y la variable de orientación religiosa, podremos definir de manera objetiva si hay o no incidencia de dicha orientación al momento de tomar las decisiones en sentencia.

Estas investigaciones son de suma importancia porque intentan mostrar que las normas jurídicas en sentido puro o teórico (y con ellas los estudios meramente dogmáticos) en más de un caso devienen en ineficaces y que vulneran derechos. Adicionalmente, se debe analizar si existen normas que son eficaces, incluso sin estar positivamente validadas, es decir, sin estar vigentes formalmente, pero cuya manifestación reclama su reconocimiento formal por parte de la autoridad competente (Tantaleán, 2016). Finalmente, la investigación sociojurídica abre las puertas de la “ciencia jurídica” a la sociedad, y al hacerlo forja un acto de multiplicación cognitiva que imprime dinamismo a la ciencia jurídica misma, lo que permite que dicho accionar, “derecho-sociedad”, se convierta en una de las razones de ser de la “ciencia jurídica”. Por tanto, es procedente y recomendable la implementación de la investigación a través del modo socio-jurídico en el ámbito académico universitario, ya que ella es una de las mejores herramientas, y quizá el mejor camino para llegar a hacer verdadera y amplia “ciencia jurídica” (Díaz Díaz, 2008).

3. Conclusiones

El modo sociojurídico no debe confundirse con la investigación realizada desde la sociología, no solo porque dejaría de lado el derecho, sino porque no incluye el análisis de las relaciones de poder en materia de ejercicio de derechos, y se limita únicamente a hechos sociales. El análisis desde las relaciones de poder que permite hacer el modo sociojurídico, permite al investigador tener un enfoque mucho más amplio del derecho, desde sus diferentes partícipes, es así como se puede revisar de forma relacional,

al derecho, las instituciones y a los sujetos (personas naturales) de dichas relaciones. Es decir, que por una parte va más allá de los hechos sociales, y por otra parte, va más allá de la norma, pues permite tender un puente entre ambas materias, colocando al investigador en una posición amplia para el análisis de las relaciones entre los hechos, las normas y las relaciones de poder evidenciadas en el caso en concreto.

El modo sociojurídico no es exclusivo del derecho, tal y como se señaló, los sociólogos también pueden hacer uso de dicho modo. En los dos casos, lo único que varía es el peso del enfoque de la investigación en cada una de las ciencias mencionadas.

Hacer análisis solo desde la sociología en hechos que involucran el derecho, puede generar un resultado sesgado o incorrecto, pues se remitiría únicamente a los hechos sociales, dejando la norma, las instituciones o los sujetos de derecho a un lado, así como las relaciones de poder, lo propio sucede, si se parte solo desde el derecho en un caso en el cual el hecho social está intrínsecamente relacionado. Análisis de temas como la pobreza, la migración, el embarazo adolescente, el acceso a derechos y su ejercicio, entre otros, ameritan una investigación desde el modo socio jurídico para que arjen resultados más reales y certeros.

El modo sociojurídico, sin duda permite un análisis de conceptos y hechos, desde lo analítico-crítico, que profundiza el nivel de la investigación y que supera el mero desarrollo descriptivo de un texto, con lo cual se pueden plantear soluciones concretas a hechos del derecho que están atravesados por las relaciones de poder y la vulneración de los derechos de las personas. En otras palabras, este modo no solo permite responder a una pregunta de investigación desde lo teórico, sino que plantea soluciones materiales a hechos reales o problemas socio jurídicos actuales.

4. Bibliografía

- Bernal, M y García, D. (2003). Metodología de la investigación jurídica y socio-jurídica.
- Bustamante, D. (s.f.). El diseño de la investigación jurídica [Archivo PDF]. https://www.usbcali.edu.co/sites/default/files/guia_para_la_elaboracion_del_proyecto_de_investigacion.pdf

- Carvajal, J. (2011). La sociología jurídica y el Derecho. Prolegómenos. Derechos y Valores (27), pp. 109-119. Bogotá, Colombia. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87619038008>
- Correas, O. (1993). La sociología jurídica. Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjH-pzb_vXuAhWHc98KHS7tA00QFjAAegQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fprevistas-colaboracion.juridicas.unam.mx%2Findex.php%2Fcritica-juridica%2Farticle%2FviewFile%2F3076%2F2876&usg=AOvVaw0eGoDTMuvSHGZ_0uU_SOX5
- De la Torre, J. (1997). “Sociología jurídica y uso alternativo del derecho”, México, Instituto de Cultura de Aguascalientes.
- Díaz Díaz, J. (2008). La investigación jurídica y la investigación socio-jurídica: entre el método jurídico de investigación y el método científico. Recuperado de <http://revistas.ustabuca.edu.co/index.php/IUSTITIA/article/view/945/746>
- Giraldo Ángel, J. (2012). Obras Completas II. Metodología y técnica de la investigación socio jurídica. Ediciones Unibagué. Recuperado de <https://repositorio.unibague.edu.co/server/api/core/bitstreams/5ce2c077-9c0b-4a06-b716-6a36f147c39e/content>
- Martínez, M. (2008) Epistemología y metodología cualitativa en las ciencias sociales. Editorial Trillas. México
- Munévar, C. (2014). La investigación socio-jurídica en nuevos objetos de regulación: desafíos metodológicos de alcance inter, trans y multidisciplinar en el estudio del Derecho Ambiental. Recuperado de <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/108277>
- Rodríguez, F. (2018). ¿La investigación jurídica y socio-jurídica?
- Salamanca, A. (2015). La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Recuperado de <https://docplayer.es/90027079-La-investigacion-juridica-intercultural-e-interdisciplinar-1-metodologia-epistemologia-gnoseologia-y-ontologia-antonio-salamanca-serrano-2.html>
- Salamanca, A. (2021). Comentarios realizados al presente texto vía correo electrónico.
- Silva, G. (2002), “El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia”, Revista Diálogos de Saberes (15).

- Tantaleán, R. (2016). Tipología de las investigaciones jurídicas. *Revista Derecho y Cambio Social*, (43), 1-37. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5456267>
- Treves, R. (1988). *La sociología del derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Editorial Ariel, Barcelona, España.
- Treviño, J. (1996), "The Sociology of Law", St. Martin Press, New York.

Capítulo 12

La importancia de las metodologías feministas en los estudios del derecho

Laura Edith Saavedra Hernández

1. Introducción

Escribir sobre el uso de metodologías feministas en el estudio del derecho significa entrar en un terreno contencioso y complejo que requiere no sólo de analizar cuáles serían las mejores herramientas metodológicas o los mejores métodos de análisis para aproximarnos al campo de estudio, sino que escribir sobre ello nos lleva forzosamente a pensar en discusiones epistemológicas que son importantes de visibilizar y que nos ayudan a dar cuenta del por qué tiene sentido el estudio del derecho desde una visión feminista.

En la actualidad han surgido diferentes planteamientos y debates importantes de la utilidad de las metodologías feministas y desde su nacimiento en los años setenta han tenido que estar a la sombra de la pregunta sobre si se puede o no hablar de que son parte del método científico y, por ende, si son objetivas por estar cruzadas por la subjetividad femenina. De ahí, que diversas epistemólogas feministas hayan trabajado arduamente en contra de las críticas que se han hecho, para demostrar cómo es que se puede hacer uso de metodologías desde la visión de las mujeres y desde el uso de la categoría de género. Esta situación ha traído una amplia producción sobre el tema

desde diferentes puntos de vista, en diferentes áreas del conocimiento, lo que sin duda alguna ha retroalimentado y apuntalado su uso y su producción.

En este sentido, hablar de las metodologías feministas no sólo ponen en tela de juicio el uso de “otras” metodologías que no siempre se suman a los cánones científicos hegemónicos tradicionales. Sino que, por un lado, ha significado romper con cánones metodológicos patriarcales y con la idea de la “neutralidad y objetividad” como conceptos centrales hegemónicos que han estado en el debate desde la visión feminista. Y, por otro lado, también se ha puesto a discusión de si, la ciencia y la misma generación del conocimiento, pueden tener un posicionamiento político en su producción, ya que permite incluir la voz y la experiencia de las mujeres desde una visión crítica en las formas en cómo se analiza el derecho.

Frente a estas situaciones se hace necesario poder seguir caminando hacia la generación de debates epistémicos, que permitan seguir nutriendo y ayudando a generar conocimientos más plurales y que realmente funcionen para cambiar las desigualdades a las que se enfrentan las sociedades y que afectan de maneras diferentes a todas las personas. Pero, además, se hace necesario poder pensar también al derecho desde otros lugares y que no solamente quede reducido a lo normativo. Por tanto, en este artículo me ocuparé de puntualizar desde ambos terrenos, desde el metodológico y del derecho, las formas en las que la visión y experiencia de las mujeres los ha cambiado, para plantear entonces la importancia que tiene pensar el estudio del derecho desde estas otras formas de generar su conocimiento. Con base en lo anterior, la pregunta que guía este breve análisis se enfoca en analizar ¿de qué manera las metodologías planteadas desde una visión de las mujeres y desde el análisis del género aportan a la construcción y producción del conocimiento del derecho desde otros lugares no hegemónicos?

Para poder contestar dicha pregunta la organización de este escrito será analizar primero, cómo y de qué tratan las metodologías feministas haciendo algunas puntualizaciones clave en su construcción. En un segundo momento del análisis analizo cómo el derecho se encuentra cruzado por el género y por qué entonces es importante analizarlo desde estas metodologías. Para ello, he dado algunos pincelazos a las epistemologías y metodologías feministas y; desde los estudios jurídico-feministas, los cuales pienso ayudan a comprender de mejor manera, la pertinencia de estas metodologías en los estudios del derecho.

2. ¿De qué hablamos cuando hablamos de metodologías feministas?

Una de las preguntas que ha surgido en las últimas décadas en las discusiones epistemológicas es si es posible hablar de que existen metodologías feministas que planteen una visión particular de cómo generar conocimiento desde la experiencia de las mujeres. Dicha pregunta evidentemente nace en un marco del canon hegemónico de la ciencia que descansa en la supuesta objetividad y neutralidad que debiera tener un método científico, ignorando que dicho conocimiento ha estado cooptado por una visión masculina.

Es decir, con el discurso de la supuesta “objetividad y neutralidad” se justifica la exclusión de otras formas distintas de generar saberes, entre los cuáles se encuentran las propuestas que las mujeres, tanto académicas y científicas, como otras mujeres fuera de dicho ámbito, han generado y, los cuáles sin duda alguna se encuentran cruzados por su experiencia. De ahí que desde el feminismo digamos que la generación del conocimiento es patriarcal y que por ende requiere de metodologías que apunten a deconstruir dicho saber que ha oprimido históricamente a las mujeres y que ha sido excluyente de sus saberes.

Por tanto, anuncio desde ahora que hablar de metodologías feministas en el estudio del derecho no sólo se refiere a la oportunidad de generar dentro del ámbito de la investigación un conocimiento basado desde nuestra experiencia; sino que también, resulta ser un posicionamiento político, pues desde estas discusiones apuntamos a cuestionar las formas en cómo se construye, a qué atiende y qué consecuencias tiene dicho conocimiento en la vida concreta de las mujeres.

Como lo mencionan Cuklanz y Rodríguez (2020) “los métodos feministas deben esforzarse por romper las relaciones de poder dentro del propio proceso de investigación”, de ahí que sus cuestionamientos y posturas resulten radicales para las formas en cómo estamos acostumbrados a construir metodologías; es por ello que éstas “sean diversas, dinámicas y a veces contradictorias entre sí, ya que existen diferentes valores y compromisos que a veces entran en conflicto” (Cuklanz y Rodríguez, 2020, p. 201).

La genealogía de la metodología feminista inició a la par de la discusión y construcción de la categoría analítica del género a partir de los años setenta por la necesidad de abrir campos en donde fueran escuchadas las voces y

experiencias de las mujeres, quienes históricamente hemos sido excluidas de algunos campos científicos o que, por el contrario; cuando somos tomadas en cuenta, los estudios se encuentran cruzados por estereotipos de género que terminan haciendo construcciones de lo que significa ser “Mujer”¹.

Como lo menciona De Barbieri (1993), en la época de los setenta, existía la necesidad por parte de las académicas feministas de explicar desde ámbitos científicos cómo se construía la subordinación de las mujeres a través de las desigualdades de poderes que existían en diferentes ámbitos sociales; explicaciones, que estaban cooptadas por los determinismos biológicos de la visión masculina que permeaban la época dentro de las ciencias.

De ahí que, más allá de retomar los conceptos de patriarcado como un ente abstracto estructural que controla las desigualdades de poder que existen entre mujeres y hombres o de centrar sus esfuerzos en analizar únicamente la situación y la condición de las mujeres en la sociedad, —todas estas cuestiones importantes, pero que no tenían un anclaje teórico metodológico que se pudiera operar para analizar teóricamente las cuestiones en el terreno de la significación y de la práctica—; es que se plantea al *género* como un concepto que ayudaría a englobar todas las críticas y cuestiones existentes y que podía ser operable como teoría y método.

De Barbieri (1993), en este sentido, define a los sistemas de género/sexo como:

[...] los conjuntos de prácticas, símbolos, representaciones, normas y valores sociales que las sociedades elaboran a partir de la diferencia sexual anátomo/fisiológica y que dan sentido a la satisfacción de los impulsos sexuales, a la reproducción de la especie humana y en general al relacionamiento entre las personas (De Barbieri, 1993, p. 149-150).

Este concepto ha permitido analizar desde una forma más amplia la subordinación de las mujeres con respecto a los hombres y entre lo femenino y lo masculino en diferentes ámbitos, dando cuenta de la existencia de

1. De Barbieri, argumenta que en el estricto sentido del término género, la categoría “Mujer” es una construcción, existen las mujeres, así como los hombres (en plural). “Existen mujeres y varones en diferentes situaciones sociales y culturales que es necesario explicitar”. Estas explicaciones se pueden hacer según la autora en el análisis del sistema sexo/género. Para profundizar ver: De Barbieri (1993), p. 156.

diversas relaciones sociales de poder. También, ha ayudado a dar cuenta de cómo se estructuran estas relaciones a través de la historia y ha permitido de manera utópica pensar en las relaciones a futuro en la construcción de un mundo más igualitario. Es decir, el concepto de género y su perspectiva metodológica ayudan a ampliar la mirada para no sólo hacer análisis en las relaciones individuales, sino también en las cuestiones estructurales que generan las desigualdades de poder y acceso a los recursos a los que nos enfrentamos las mujeres.

Esta cuestión según Harding (2004), ha sido la mayor ruptura epistemológica de nuestros tiempos que saca a la luz nuevas estructuras de poder que ya no sólo tienen que ver con la relación entre los hombres y las mujeres, sino también con otras opresiones que atraviesan dichas categorías como son las condiciones étnico/raciales, las condiciones de clase, las etarias, las de discapacidad, las de identidad sexo/genérica, entre otras. Además de abrir un panorama en donde ya no sólo se apunta a cambiar la vida de las mujeres, sino a generar desde la aplicación de otras epistemologías, métodos y metodologías feministas² para un cambio estructural.

Y es que como lo plantea Blázquez (2010) uno de los problemas a los que se han enfrentado las metodologías feministas es a la definición de una ciencia “libre de prejuicios”, lo cual para la autora resulta ser una simplificación falsa de la representación de ésta. De ahí que sea muy importante, generar temas en donde se pongan en cuestión

la crítica a los marcos de interpretación de la observación; la descripción e influencia de los roles y valores sociales y políticos de la investigación, la crítica a los reales de objetividad, racionalidad, neutralidad y universalidad, así como las propuestas de reformulación de las estructuras de autoridad epistémica (Blázquez, 2010, p. 22).

-
2. Para Harding, la generación del conocimiento se encuentra basado en tres pilares, la epistemología, el método y la metodología. Ella comprende a la epistemología como la teoría acerca de quién puede generar conocimiento, en qué circunstancias y bajo qué términos, legitimadas a través de un consenso científico. El método es una técnica a través de la cual se obtiene la información necesaria para llegar a un resultado, que por lo general cuando se analiza con los lentes del género las técnicas por lo general tendrán un sesgo androcéntrico. Por tanto, la metodología será la que elabora, resuelve o hace funcionar las implicaciones epistemológicas de dichos métodos. Para profundizar ver: Harding, Sandra. *The Science Question in Feminism*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 1986.

Por tanto, desde las metodologías feministas se trata de poder complejizar la objetividad, de ponerla en cuestión, se trata como nos menciona Harding (2004) de crear una “objetividad fuerte”, es decir, que todas las fuentes de error o de prejuicio cultural como técnico sean tomadas en cuenta y analizadas y no desechadas como usualmente sucede con “la objetividad débil” actual en la que se basa la ciencia, la cual descansa en sesgos racistas, burgueses, homofóbicos y androcéntricos. La propuesta de las metodologías feministas entonces deberá de retomar estos conceptos y analizar el peso que tienen en la misma construcción del conocimiento, lo que dará cuenta de la complejidad en la que descansan los hechos sociales.

Con base en lo anterior, el aporte que hace el concepto de género como herramienta teórica-metodológica, permite no solo situar el conocimiento y contextualizarlo según las desigualdades sociales, de poder y estructurales a las que nos enfrentamos las mujeres; sino, además, en su misma aplicación a través de las metodologías feministas, en un doble movimiento, se puede dar cuenta de cómo las estructuras patriarcales de la metodología hegemónica androcéntrica sirven como un mecanismo de control cuando se genera ese conocimiento sesgado por dicha mirada y, por tanto, mostrar a los sujetos de la investigación como sujetos concretos que construyen dichas relaciones de desigualdad y no como sujetos de estudio abstractos generados por la estructura. Es decir, las metodologías feministas, tienen la ventaja de deconstruir con sus múltiples y variadas aplicaciones hacia dentro del mismo método científico y hacia afuera en el análisis de los campos de estudio.

Por tanto, cuando hablamos de las metodologías feministas planteamos metodologías plurales que rechazan la totalidad, pues cuando se sitúa el conocimiento se puede argumentar que la realidad social a analizar está compuesta por diferentes tonos y contrastes, y no solamente por el blanco y negro que la visión dicotómica de la ciencia tradicional nos impone. De ahí que se plantee que estas metodologías, si bien pueden utilizar los mismos métodos tradicionales, su mirada es más amplia y compleja, pues busca minuciosamente en los intersticios en donde se generan las relaciones veladas de poder, en las rupturas culturales y sociales, en las contradicciones de las leyes y normas, etc.

Dentro de las metodologías feministas se encuentran tres principales aproximaciones teóricas que se han utilizado para poder analizar y discutir lo anteriormente dicho: La teoría del “Punto de vista feminista” que analiza

una situación social particular como epistemológicamente privilegiada. El posmodernismo feminista que rechaza ese privilegio epistémico y quiere dar cuenta de la contingencia, la inestabilidad social de quien conoce. Y el empirismo feminista que detecta cuando el posicionamiento genera error y constituye una fuente dañina para el avance del conocimiento, con el fin de corregir prejuicios (Blázquez, 2010). Estas tres aproximaciones han ayudado a abrir nuevas formas de hacer y quehacer científico bajo las experiencias de las mujeres, de sus saberes y de las posiciones que ocupan en sus espacios, principalmente, los análisis del “punto de vista feminista”, desarrollado a profundidad por Sandra Harding.

Ahora bien, en la última década se ha hecho también un llamamiento a poner cuidado de que la producción epistémica de las metodologías feministas no caiga en contradicción excluyendo otros saberes que han sido invisibilizados y que son necesarios para la producción de estas metodologías. De ahí que se hayan desarrollado también metodologías feministas decoloniales, las cuáles han hecho una crítica a que, en muchos de los casos, las voces de las mujeres de los pueblos originarios o de los grupos más vulnerados se están excluyendo y con ello se excluyen otras epistemologías donde las mujeres han hecho aportes importantes en la materia.

En este sentido, dichas metodologías apuntan algunas cuestiones importantes como son ampliar el campo de visión de la ciencia moderna, hacer visibles las pretensiones coloniales e imperiales de la racionalidad hegemónica que pretende ser única y proponer diálogos de saberes en la generación del conocimiento. Por tanto, las metodologías feministas decoloniales generan alianzas metodológicas en los criterios de producción de conocimiento, pensando en los fines de la liberación “fines que se fijan en la realidad, en el movimiento dialéctico inseparable de la realidad con los sujetos con quienes trabajamos, lo que requiere sin duda metodologías de la ‘proximidad metodológica’ y compromiso con los y las excluidas” (Medina, 2019, p. 118).

Estas nuevas formas de investigación han abierto nuevas posibilidades en el quehacer científico, que han llevado a la aplicación de nuevas herramientas que ya no solo apuntan a un carácter dicotómico. Como lo mencionan Pérez, et. al (2016), generar nuevas formas de acercamiento a los sujetos de estudio y a las mismas estructuras sociales atiende a “la necesidad histórica de formular políticas de conocimiento no fundamentadas en

visiones dicotómicas del mundo, como aquellas que disocian el *pensar* –las abstracciones que hacemos de lo que observamos– el *sentir* –las formas de estar con otras (os) en la investigación y dejarse afectar– y el *hacer* –nuestra manera de intervenir materialmente distintas realidades–” (Pérez, et. al, 2016, p. 49).

En este sentido, las metodologías feministas y decoloniales apuntan a generar metodologías colaborativas, comprometidas, activistas, plurales, en donde se genere la horizontalidad en el acercamiento a las y los sujetos que colaboran con las investigaciones; se posicionan frente a las jerarquías de la generación del conocimiento desde la crítica y, con ello, apuntan a cambiar a la ciencia.

También, las metodologías feministas buscan poner en el centro la importancia de la subjetividad y las emociones en varios campos de la construcción del saber, utilizando ese privilegio epistémico que el mismo sistema patriarcal le ha dado a las mujeres; éste es usado para poner en entredicho la objetividad y la neutralidad, mostrando que, aunque se haga uso de otras estrategias metodológicas; el conocimiento sigue teniendo ese estatus. Por ello son políticas, pues con su aplicación se pone en cuestión al sistema patriarcal, a la ciencia y el conocimiento androcéntrico y al sistema sexo/genérico que nos oprimen a las mujeres en todos los ámbitos.

3. El derecho construye y reproduce *género*

Ahora bien, antes de contestar la pregunta del por qué es importante la aplicación de metodologías feministas para el estudio del derecho, me parece necesario plantear algunas pinceladas de cómo desde la crítica feminista se concibe al derecho y a lo jurídico. Me parece que esta breve discusión, podrá darle sentido a dicha importancia y dar cuenta de la imperiosa necesidad de poder deconstruir al derecho desde una visión feminista. No es mi interés hacer un planteamiento a profundidad, pues el espacio para ello no es suficiente, sino que me gustaría centrarme en algunas ideas que Smart y Ruiz (2000) principalmente, han planteado sobre cómo el derecho construye sujetos *generizados*, y cuáles han sido las implicaciones que ello ha tenido en la vida concreta en la construcción de las desigualdades.

Desde hace ya varias décadas se ha demostrado desde los estudios críticos que el derecho no puede, ni debe ser reducido sólo a los aspectos

normativos; reducirlo a ello, nos priva de la posibilidad de analizarlo como una práctica discursiva histórica y contextualizada. En palabras de Ruíz (2000) “el derecho es un discurso social y, como tal dota de sentido a las conductas de los seres humanos y los convierte en sujetos, al tiempo que opera como gran legitimador del poder, que habla, convence, seduce y se impone a través de las palabras de la ley” (Ruíz, 2000, p. 21).

En este sentido, el derecho también se compone de mitos, ficciones, rituales y ceremonias, que funcionan para fortalecer las creencias que el mismo derecho fundamenta y que se convierten en las condiciones que median las relaciones sociales (Ruíz, 2000). Por tanto, el discurso se vuelve práctica; de esta manera, si ese discurso construye sujetos concretos y apela a las prácticas concretas, la pregunta que surge entonces es ¿cómo el discurso del derecho construye a mujeres y hombres, a lo femenino y lo masculino y espera ciertas prácticas de estos?

Quando nombramos la diferencia sexual, también la creamos; cuando la creamos en el modo en que la nombramos, restringimos nuestra percepción a aquellas sexualidades relevantes al proceso de la producción, haciendo con ello que la heterosexualidad sea entendida como una necesidad ontológica. (Ruíz, 2000, p. 26).

Así de esta manera, es que desde una crítica feminista mencionamos que el derecho no solamente es machista y sexista, sino que construye *género*. Decir que el derecho construye y reproduce *género* nos da la posibilidad de complejizar la mirada que construimos desde una postura feminista; y, en este sentido, nos posibilita de no sólo hablar de que es importante que las mujeres ocupemos espacios dentro del ámbito jurídico o que cambiemos únicamente normas y leyes, sino que nos permite conocer cómo se estructura el poder en las relaciones sociales entre mujeres y hombres y cómo es que a través del derecho se construyen identidades concretas que atienden al poder estructural y político del sistema patriarcal.

Al respecto Smart (2000) nos menciona que desde la teoría feminista se han hecho tres diferentes análisis con respecto a cómo el derecho como discurso es “sexista, masculino y tiene género”. Todas estas formas de ver al derecho tendrán diferentes implicaciones en la lectura de sus funciones, lo que interesa concretamente aquí es dar cuenta de cómo el discurso del

derecho no es neutral, ni objetivo y que, por tanto; para poder dar cuenta de ello y complejizar su análisis es necesaria la utilización de otras metodologías, como las metodologías feministas que ayuden a una mejor construcción del estudio del derecho y que visibilicen la construcción de las desigualdades.

Según Smart (2000) menciona que la afirmación de que “el derecho es sexista” proviene del análisis de que éste colocó a las mujeres en desventajas con respecto a los hombres; por ejemplo, estas implicaciones las podemos ver en cómo se concibe al matrimonio y el divorcio y el papel que jugamos las mujeres en ello, o, la construcción de la sexualidad de las mujeres y su derecho a decidir sobre ella, entre otras. Es verdad que, en la actualidad, afortunadamente, algunas de estas cuestiones ya han sido superadas en las leyes y en el mismo discurso jurídico; sin embargo, otras, hasta la fecha siguen prevaleciendo; de ahí, que esta idea no debe de ser desechada del todo.

Por otro lado, la idea de que “el derecho es masculino” surge de visibilizar que el ámbito jurídico está representado principalmente por los hombres y esta cuestión tienen implicaciones de fondo porque entonces los valores ideales de neutralidad y objetividad del derecho en realidad son valores masculinos y que atienden a sus propias necesidades (MacKinnon, 1987); de ahí que se dé cuenta de la importancia de darle voz a las mujeres dentro de este ámbito, meta que aún no se cumple, pues si revisáramos estadísticas sobre el número de mujeres que se encuentran dedicadas a la práctica jurídica en un nivel de toma de decisiones, veremos que son muy pocas, por lo que hasta hoy en día el ámbito y discurso del derecho siguen siendo masculinos.

Finalmente, poner al derecho como constructor de *género* nos permite poner en tela de juicio la objetividad del derecho pues se puede dar cuenta de que éste a través de su discurso produce sujetos concretos basados en ideas culturales que a través de sus relaciones generan desigualdad y, en donde las mujeres quedamos en desventajas sustanciales frente a los hombres. También permite dar cuenta de las múltiples identidades construidas y da salida a la dicotomía Mujer-Hombre. En palabras de Smart (2000) se menciona que,

[...] la construcción discursiva (jurídica) de un *tipo* de Mujer podría aludir a la criminal, la prostituta, la infanticida, etc. Por otra parte, la construcción discursiva de la Mujer alude a la idea de la Mujer en contraposición al Varón. [...] Así la criminal resulta un tipo posible

de diferenciarse de otras mujeres, pero, al mismo tiempo, se la sustrae de la categoría anterior de Mujer, siempre contrapuesta a la del Varón. De este modo, la criminal puede ser anormal a causa de la distancia que la separa de otras mujeres, pero, simultáneamente, exalta la diferencia natural entre Mujer y Varón. Sólo si comprendemos este doble movimiento podremos entender lo que, de otro modo tomaríamos erróneamente como una contradicción o descuido (Smart, 2000, p. 43).

Poder decir que el derecho construye y reproduce el género, ayuda a que el objeto de estudio se desplace hacia formas y sistemas jurídicos que crean y perpetúan las significaciones de la diferenciación de género. Es decir, complejiza la mirada y abre nuevos caminos para poder plantear la igualdad (Núñez, 2018).

Y es que poner “los lentes del género” desde un análisis feminista nos ha hecho comprender dos caminos que metodológicamente se deben de recorrer cuando estudiamos al derecho. El primero tiene que ver con que “el derecho no es sencillamente el derecho” (Smart, 2000); es decir, el derecho no es un conjunto de normas y leyes que podamos cambiar a nuestro favor y con ello terminar con todas las desigualdades, debemos de verlo en su integridad y con ello poder cambiar nuestras estrategias de lucha, algunas apuntarán desde el campo del derecho, otras desde otros lugares.

Y la segunda, que el derecho construye identidades *generizadas* y esas producciones son diversas y atienden al contexto en el que se producen; por tanto, no son monolíticas, entonces el derecho se debe de situar para estudiarlo. Es así como desde estos dos planteamientos podemos ir dando luz a la importancia del uso de metodologías feministas que ayuden a deconstruir al derecho desde una mirada plural y no homogénea que además se encuentra muy cruzada por el privilegio blanco, androcéntrico y eurocéntrico.

4. La importancia de la aplicación de las metodologías feministas en el estudio del derecho

En el apartado anterior, se delineó que el derecho no puede ser reducido a lo normativo y que su construcción como un ente abstracto, objetivo y

neutro bajo la mirada crítica, no es una realidad. Por el contrario, el estudio del derecho va más allá de solo la aplicación de ciertas normas o del cambio de ellas, sino que es necesario dar cuenta de cómo éste se estructura como creador de lo social y, bajo esta mirada, por tanto; es que se hace necesario e importante la aplicación de diversas metodologías que visibilicen esa complejidad.

Aquí, hemos hablado de los métodos feministas como herramientas teórico-metodológicas que con su mirada crítica ponen en tela de juicio esa “objetividad y neutralidad”, no sólo del pensamiento científico en general, sino también de la forma en cómo se ha planteado al derecho. Por tanto, en este último apartado, se analizará sobre algunas propuestas y la importancia de ellas para el estudio del derecho desde las metodologías feministas.

Bajo esta mirada entonces, las metodologías feministas invitan a aprender desde otros lugares otras formas diferentes de producir el conocimiento y al propio derecho, como lo menciona Medina (2019), la academia, la ciencia y sus metodologías no están configuradas para socializar el poder epistémico que enuncia la realidad. Al respecto Walsh (2013) menciona que,

El problema no descansa simplemente en abrir, impensar o reestructurar las ciencias sociales como algunos estudios sugieren, sino más bien en poner en cuestión sus propias bases. Es decir, refutar los supuestos que localizan la producción de conocimiento únicamente en la academia, entre académicos y dentro del cientifismo, los cánones y los paradigmas establecidos (Walsh, 2013, p. 103).

En este sentido, las metodologías feministas deberán de apuntar a la búsqueda de cómo se dan o se construyen las relaciones de poder y los significados dentro del derecho que reproducen el género. Pienso que uno de los primeros pasos será dar cuenta de la complejidad que existe en él y no reducirlo al estudio o hechura de las leyes; sino que habría que historizarlo desde la mirada de las propias mujeres para conocer cómo es que nosotros hemos entrado en dicho campo y de qué manera lo hemos hecho, así como conocer cómo nos ha afectado o ayudado para el alcance de nuestros derechos.

En la actualidad, es muy difícil que las metodologías feministas se deslinden de su posicionamiento ético y político, pues se encuentran

configuradas para cuestionar los cánones de la construcción del conocimiento y de los saberes; de ahí que sea importante incluir otras voces que no necesariamente sean académicas, sino pensar en no sólo dar una visión feminista, sino también colaborativa y descolonial, en donde se puedan incluir otras voces que retroalimenten nuestros pensares. En este caso, las voces de las mujeres.

Estudiar al derecho desde ahí, significa dejar de pensarlo como un pensamiento ilustrado y monolítico, significa ponerlo en contexto y también dar cuenta de que pueden existir otros órganos normativos e interlegalidades en un mismo contexto que también afectan y construyen a las mujeres; es decir debemos de pensar en un derecho complejo y compuesto por la pluralidad (Santos, 1995); en donde todas las voces puedan ser escuchadas para su debate.

El feminismo nos debe de llevar a observar a los hombres y mujeres en su “concretud”; es decir, en sus diferencias (Ruíz, 2000). Desde las metodologías feministas se ha dado cuenta de cómo el encubrimiento y negación de las diferencias de los sujetos es una forma perversa de invisibilizarlos y excluirlos de sus derechos, pues al no ser significadas en el discurso del derecho pensamos que entonces, no son importantes, o que, al ser significadas de ciertas maneras, entonces así deberán de ser siempre.

Con base en lo anterior, es muy importante que las metodologías feministas apunten a visibilizar las múltiples interseccionalidades que operan como opresiones que vivimos las mujeres para no caer en una visión colonizada; por tanto, estas metodologías deberán de apuntar a dar cuenta también de cómo operan en el derecho la diversidad cultural, las relaciones norte/sur, o la diversidad de experiencias y subjetividades en los diversos entre cruces entre racismo y clasismo.

En este sentido, como lo apuntan las metodologías feministas decoloniales, es importante que nuestras investigaciones puedan preguntarse “¿hasta qué punto se está respondiendo a búsquedas personales o colectivas?, ¿de qué manera trascender los sesgos inconscientes que podamos estar ejerciendo sobre la investigación?, ¿cómo evitar una investigación extractivista al servicio de nuestras necesidades más personales?” (Medina, 2019). Estas preguntas no sólo ayudan a construir metodologías más colaborativas, sino que apuntan justamente a una ética feminista que permite una visión más plural.

Tal cuestión en el estudio del derecho aporta a diferentes situaciones, por un lado, lo colectiviza, pues éste siempre se plantea en formas muy individualizadas. Lo desvía de los sesgos de la neutralidad y le permite dar cuenta de las diferencias. Le ayuda a construir no sólo nuevos campos de estudio, sino también a desarrollar nuevas herramientas metodológicas que pongan en el centro las experiencias de las mujeres.

En este sentido, poder desarrollar nuevas herramientas metodológicas ha ayudado a que en el estudio del derecho se puedan apreciar los claroscuros en los que se desarrolla su discurso y no solamente las dicotomías del blanco y negro. Para las visiones feministas, el derecho no es opaco, pues en éste además se construyen ideologías que le son propias, esta diversidad y complejidad es lo que ha podido encontrar la aplicación de metodologías feministas dentro del campo. Así de esta manera, las metodologías feministas se convierten en herramientas importantes para el estudio del derecho y para la construcción de prácticas más igualitarias en donde se pone en el centro la subjetividad y la experiencia de las mujeres en las relaciones sociales.

5. Conclusiones

En este artículo se ha presentado un análisis sobre la importancia que tiene la aplicación de la metodología feminista en el estudio del derecho. He argumentado, que las metodologías que se construyen desde el feminismo no solamente rompen con diferentes concepciones construidas en el pensamiento científico y del quehacer de éste, no sólo como nuevas formas de generar saberes; sino también, como posicionamientos políticos propios del feminismo, que ha puesto en evidencia cómo el campo de la epistemología y la metodología está planteado desde la visión masculina del mundo y que por tanto, es necesario visibilizarlo para poder incluir las voces de las mujeres desde sus experiencias concretas.

Por otro lado, también he argumentado cómo es que el derecho visto como un discurso social actúa como constructor de género, pero también es sexista y masculino; el cual ha sido reducido únicamente al campo normativo, cuando en realidad tiene un poder privilegiado en la construcción de las desigualdades en las relaciones entre mujeres y hombres y, en donde las mujeres, quedamos en desventajas sustanciales. En este orden de ideas, argumento que por tanto es necesario que éste sea estudiado desde otras ópticas que

permitan ver que su “objetividad y neutralidad” en realidad están cargadas de estereotipos y roles de género y que como discurso construye desigualdades.

En este sentido, el aporte más importante que han hecho las metodologías feministas ha sido construir no sólo metodologías más plurales, colaborativas, comprometidas y activistas; sino también en su aplicación dentro del campo del derecho han develado cómo éste construye sujetos *generizados*. Su discurso, así como su práctica, hacen que hombres y mujeres seamos representados de diferentes maneras en el discurso jurídico, lo que ha hecho que las mujeres quedemos en desventajas sustanciales con respecto a los hombres, lo que ha impactado en el acceso a la justicia y en el acceso a nuestros derechos. De ahí que sea importante poder complejizar nuestra mirada para conocer a profundidad las consecuencias que se generan a través de dicha práctica; argumento, que es a través de las metodologías feministas que esto se puede develar.

Finalmente, es importante decir que aun en la actualidad las metodologías feministas se encuentran en construcción y que no es su objetivo generar metodologías totalizadoras y vacías; por el contrario, decir que las metodologías feministas son situadas permiten llenarlas de sentido, pues funcionan según el contexto al que se enfrenten y a través de las experiencias construyen el conocimiento. Sin duda alguna esta situación hace que tengan limitaciones, como cualquier otra metodología y que, lleguen a ser contradictorias, pero considero que es ahí, en esas contradicciones en donde radica su riqueza.

6. Bibliografía

- Blázquez, N., (2010), “Epistemología feminista: temas centrales”, en: Blázquez, N (comp.) *Investigación feminista: epistemología, metodología y representaciones sociales*, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades Universidad Nacional Autónoma de México, Pág. 21-38
- Cuklanz, L; Rodríguez, M, (2020), “Metodologías feministas: nuevas perspectivas”, En: *Revista de Investigaciones Feministas*, Año 11, Vol. 2, Pág. 201 a 209, consultado en: 70122-Texto del artículo-4564456591445-1-10-20200714.pdf, marzo, 2022

- De Barbieri, T., (1993), “Sobre la categoría de género, una introducción teórico-metodológica”, en: Debates en Sociología, Núm. 28, UNAM/ Instituto de Investigaciones Sociales, Pág. 169
- Harding, S., (2004) “Rethinking Standpoint Epistemology: What is ‘strong objectivity?’”, en: Sandra Harding (ed.). *The Feminist Standpoint Theory Reader. Intellectual and Political Controversies*, Routledge, New York, pág. 127-140.
- MacKinnon, C., (1987) *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, Boston, Harvard University Press.
- Medina, R. (2019), “Aplicaciones metodológicas en feminismos y de(s) colonialidad”, en: Castañeda, M; et.al (2019) *Otras formas de (des) aprender: investigación feminista en tiempos de violencia, resistencias y decolonialidad*, Universidad del País Vasco, OHEGOA, SIMPEF, Pág. 111 a 128.
- Núñez, L., (2018), *El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*, UNAM, CIEG
- Pérez, et. al (2016) “Etnografías de los contactos. Reflexiones feministas sobre el bordado como conocimiento”, en: *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, Núm. 26, Bogotá, septiembre-diciembre, 2016, Pág. 47-66
- Ruiz, A., (2000), “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”, en: Birgin, H. (Comp.) *El derecho en el género y el género en el derecho*, Biblios, Pág. 19-31.
- Santos, B. (1995) *Toward a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Routledge, Nueva York.
- Smart, C., (2000), “La teoría feminista y el discurso jurídico”, en: Birgin, H. (Comp.) *El derecho en el género y el género en el derecho*, Biblios, Pág. 31-72.
- Walsh, C. (2007): “¿Son posibles unas ciencias sociales/culturales tras? Reflexiones en torno a las epistemologías decoloniales”, *Nómadas*, Núm. 26, 103-113.

Capítulo 13

Modo de investigación ideológico jurídico

Fernando Casado

1. Introducción

Uno de los grandes estereotipos en los que estamos inmersos, es la consideración del Derecho como la disciplina o área de conocimiento que mejor simboliza la *objetividad* o *neutralidad*. Es recurrente la representación de la Justicia, como aspiración sublime del Derecho, como una mujer, la diosa *Iustitia*, con ojos vendados que sostiene en su mano derecha la balanza y en la izquierda la espada. Razón, imparcialidad y fortuna o destino son los valores de nuestra modernidad que representa *Iustitia*, pero nada más lejos de la realidad cuando miramos a nuestro alrededor.

Son muchos los indicadores que inducen a pensar a nuestro sentido común que algo falla en la supuesta imparcialidad del Derecho, como el hecho de que una tentativa de hurto de una bicicleta en Ecuador, que sufrió el autor de este trabajo, terminara con la privación de libertad preventiva durante las dos semanas previas al juicio de los dos autores materiales. Nuestro sistema de Justicia somete a los sectores más vulnerables y marginados de la sociedad a mayor marginalidad en una espiral de la que es difícil salir y en la que el derecho juega un rol determinante.

¿Qué tiene todo esto que ver con la ideología? Pues mucho, la ideología está presente desde el momento en que una norma jurídica es configurada

hasta el momento de su efectividad. El planteamiento ideológico de la norma jurídica forma parte de lo que se ha planteado en otros capítulos del presente trabajo como *el fetiche jurídico del capital*.

Ejemplo de la fuerte carga ideológica de corte liberal presente en el Derecho lo encontramos en las profundas contradicciones que se producen en la protección y garantía de los distintos derechos humanos tanto a nivel internacional como constitucional. Desde la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 existe un reconocimiento expreso de que todos los derechos humanos sin distinción alguna son “indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí” (numeral 5), lo que vino a ratificar el carácter vinculante como derecho consuetudinario consolidado a lo largo de las décadas por la Declaración Universal de Derechos Humanos (Casado, 2013). Sin embargo, el desarrollo jurídico de los derechos civiles y políticos en comparación a los económicos, sociales y culturales ha tenido una deriva muy dispar.

En primer lugar, observamos cómo los derechos humanos pertenecientes al grupo de las libertades burguesas y la narrativa discriminatoria de la supuesta *Primera Generación de Derechos* ha recibido toda la atención de los operadores jurídicos que le han concedido su carácter vinculante. Así ocurre con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la posibilidad de recibir peticiones individuales en el Comité de Derechos Humanos. Este tratado internacional y sus protocolos han sido aceptados por gran parte de la *Comunidad Internacional*. O la jurisprudencia de los altos tribunales de los países occidentales que casi exclusivamente han centrado su atención en los derechos de corte civil y político, así ocurre con organismos regionales de protección como la Corte Interamericana.

En el otro lado, encontramos los derechos de corte social, aquellos que son también llamados *Segunda Generación de Derechos*, que no son considerados como legalmente vinculantes y son relegados a la disponibilidad de recursos por parte del Estado para su consecución. Así comprobamos que hasta el año 2009 no se elaboró el Protocolo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que permite presentar quejas individuales, y que aun así son muy pocos los Estados que lo han ratificado.

En el mismo sentido, la mayoría de los Estados no reconocen la justiciabilidad de los derechos sociales, a excepción de los países pertenecientes al nuevo constitucionalismo latinoamericano y aun así su desarrollo

jurisprudencial ha sido mucho más pobre que en el caso de los civiles y políticos (Salamanca & Casado, 2019). Este desbalance en la atención, desarrollo y garantía de los distintos derechos humanos ya responde a un sesgo ideológico liberal que antepone a unos derechos sobre otros, los de su preferencia.

El presente capítulo nos dará las pautas para identificar la ideología inmanente en el Derecho y al mismo tiempo nos dará las herramientas para desarrollar nuestras propias investigaciones teniendo presente y siendo conscientes de la existencia del modo de investigación ideológico jurídico.

2. La omnipresencia de la ideología

La ideología siempre está a nuestro alrededor, influye en el entorno y las percepciones, nos persuade en nuestras decisiones y la manera en que interpretamos la realidad. En consecuencia, las disciplinas que estudiamos están permeadas de forma determinante por la ideología, así como las investigaciones que desarrollamos, los temas que elegimos y los resultados a los que llegamos. El Derecho no es una excepción. Desde el punto de vista crítico, revelar la ideología detrás de ciertas prácticas sociales permite desenmascarar ciertos atributos escondidos, de la misma forma que los ojos de un niño pudieron evidenciar que el rey estaba desnudo.

Es tan importante la ideología que hemos pasado de la máxima aristotélica “El hombre es un animal político” a la de Althusser “el hombre es por naturaleza un animal ideológico”. Siguiendo los pasos de Žižek consideramos que la definición de ideología de Carlos Marx es un buen punto de partida para nuestro trabajo: “Siewissen das nicht, abersie tun es” (ellos no lo saben, pero lo hacen). La ideología presupone un cierto nivel de ingenuidad, “una divergencia entre la realidad social y nuestra representación distorsionada, nuestra falsa consciencia de ella” (Žižek, 2003, 55).

De esta forma una primera aproximación a la ideología nos indica que consiste en una especie de filtro que nos impide apreciar la realidad social y falsea su reconocimiento. Habrá que vislumbrar cómo se establece la distorsión de la realidad, cuáles son los valores y motivaciones que orientan a las distintas formas y capacidades de percibirla. En este sentido, Antonio Gramsci, en su Cuaderno 11 desde la cárcel distingue dos tipos de ideologías:

[...] Hay que examinar históricamente -porque lógicamente el proceso es fácil de captar y de comprender- cómo el concepto de “ideología pasó de significar “ciencia de las ideas”, “análisis del origen de las ideas”, a significar un determinado “sistema de ideas”.

Gramsci viene a diferenciar el uso acertado de la ideología, como parte integrante de la superestructura, realidad ideológica, jurídica y política, derivada de una determinada estructura, base de la explotación de las grandes mayorías por unos pocos que constituye la base del capitalismo. En contraposición con el error de considerar a la ideología como “elucubraciones arbitrarias de determinados individuos” (Gramsci, 2017, p. 234).

Mientras que Marx concede a la ideología el rol de herramienta al servicio de las clases dominantes, para Gramsci, puede estar también al servicio de una filosofía de la praxis que tendría como aspiración liberar a las clases dominadas (Martínez Matías, 2020). La ideología tiene por tanto un uso interesado sobre la realidad social, puede estar del lado de las élites y configurarse como mecanismo de dominación de las grandes mayorías a su servicio, o podrá tener un sentido liberador de esta dominación.

La ideología es un sistema de creencias que según Van Dijk tendrá una serie de funciones sociales, desde la representación de los grupos sociales, a la ordenación de sus discursos y la coordinación de sus acciones. En consecuencia y como veníamos diciendo, las “ideologías pueden funcionar para legitimar la dominación, pero también para articular la resistencia en las relaciones de poder” (Van Dijk, 2005, 12). Por lo tanto, las ideologías pueden tener un rol ambivalente y ser una herramienta tanto de dominación como emancipación.

En resumidas cuentas, las “ideologías son como mapas imaginativos que dibujan hechos que en sí mismos pueden ser objetivo de disputa” (Freeden, 2006, 20). Esta disputa que se produce en el ámbito del Derecho y nos enlaza de nuevo con Gramsci y su concepto de hegemonía aplicado a la ideología.

3. Ideología y decolonialidad en América Latina

Hasta aquí los autores utilizados en el texto pueden resultar por su origen y posiciones que están acompañados de cierto tufo de eurocentrismo y

colonialidad. Queremos hacer una aproximación a la ideología desde autores y posturas que se enmarcan no solo en el ámbito del pensamiento crítico sino también decolonial, que han tomado como lugar de enunciación a Latinoamérica reivindicando la posición de periferia a la que se ha tratado de marginar.

Con este enfoque, Enrique Dussel describe como la dominación de Latinoamérica desde la llegada de los europeos ha estado marcada por la destrucción de la cultura prehispánica al mismo tiempo que su sustitución por la occidental (Saladino, 2010).

Resultado de este proceso de colonización se nos ha ido inculcando una ideología que está presente desde el método de pensamiento racionalista cartesiano hasta los valores judeocristianos. Es más, la ropa que usamos, el idioma que hablamos, las formas de vida que hemos adoptado y hasta los dioses, hijos de dioses, vírgenes y santos que adoramos, son producto de la llegada de la “Modernidad occidental” a nuestra región hace 500 años y que nos fueron impuestos a sangre y fuego. La realidad colonial y neocolonial impuesta primero por Europa y posteriormente por EEUU en distintas partes del planeta y sobre heterogéneas poblaciones incorporándolas a su “sistema-mundo”, ha tenido como resultado un proceso de re-identificación histórica que ha afectado profundamente a América Latina (Quijano, 1993).

De ahí la importancia para Dussel, de establecer una Filosofía para la Liberación, que tendrá como objetivo acabar con la dominación de las clases privilegiadas sobre las grandes mayorías, donde encontramos similitudes con la Filosofía para la Praxis de Gramsci, pero también con la dominación colonial que subyace en nuestras sociedades. Dussel establece como primer paso la identificación histórico-ideológica de la dominación para llevar a cabo posteriormente una “de-strucción” o “re-construcción” (2013, 13). Para ello una de las herramientas utilizadas por Dussel es el método ideológico, identificando a la ideología como “el conjunto de expresiones semióticas que encubren la dominación; cuando son metódicas la justifican más acabadamente” (2013, 198). En este sentido existen coincidencias con Bolívar Echevarría, para quien una teoría crítica de la ideología “pasa por una problematización semiótica de este proceso de mediación” (Sierra, 2017, 87). La crítica de Dussel desde su enunciación periférica también atraviesa a pensadores como Althusser, a quien acusa de incurrir en “la cultura del

centro que nos tiene acostumbrados a la oposición obvia entre ideología y ciencia” (2013, 198).

No pensemos que la ideología colonial del “hemisferio occidental” y su carga eurocéntrica pertenecen al pasado o que es inofensiva. Su presencia ha estado patente en Latinoamérica desde la emergencia de las Repúblicas criollas, se consolida a principios del siglo XX durante la presidencia estadounidense de Theodor Roosevelt y se afianza en la segunda mitad del siglo pasado con la creación de la Organización de Estados Americanos (Mignolo, 1993, 43). Las mismas posiciones neocoloniales continúan en la actualidad bajo la identidad “occidental” representada en EEUU y la Unión Europea junto a ciertos países latinoamericanos cuando se hostiga a Venezuela por motivos ideológicos y se le imponen draconianas sanciones económicas como medida unilateral de dudosa legitimidad de acuerdo al Derecho Internacional.

4. La ideología en el Derecho

En la relación entre el Derecho y la ideología, Pérez Rojas y Barrientos del Monte encuentran dos dimensiones, en primer lugar, aquella en la que el Derecho funciona como instrumento de organización al tratar de adecuarse “a las dinámicas y exigencias populares sujetas a un continuo cambio”. La sociedad es como un organismo vivo al que el ordenamiento jurídico trata constantemente de adaptarse y adecuarse para regular y cubrir su comportamiento, eliminando y generando nuevas normas. En segundo lugar, el Derecho constituye la ideología jerárquicamente dominante que se oculta en su propia efectividad (2017, 1139-1140). En las sociedades industriales avanzadas las libertades y derechos acaban convirtiéndose en nuevas formas de dominación (Marcuse, 2010, 37). En otras palabras, el Derecho constituye la reproducción de la sumisión a las reglas del orden establecido, requisito indispensable para la reproducción de la fuerza de trabajo, en este proceso la ideología juega un rol fundamental, afianzando la explotación y represión y el predominio de la clase dominante (Althusser, 1988, 3-4).

Dadas las condiciones anteriores las aspiraciones a la neutralidad axiológica que reivindica el Derecho son una falacia, un fetiche usado como disfraz para tratar de esconder su verdadero sesgo ideológico. Las aspiraciones

objetivas, apolíticas, neutrales o técnicas no existen, son subterfugios que se erigen para ocultar las inclinaciones conservadoras del Derecho y sus verdaderas inclinaciones ideológicas.

El lado interesado del derecho ya fue expresado por Marx y Engels en su célebre obra *El Manifiesto Comunista* cuando afirman: “vuestro derecho no es más que la voluntad de vuestra clase erigida en ley; voluntad cuyo contenido está determinado por las condiciones materiales de existencia de vuestra clase” (1848). Hay una denuncia al Derecho como instrumento de dominación al servicio de las élites.

Se debe ser muy cauteloso con las concepciones totalizadoras que usa la ciencia jurídica a la hora de expresarse, sus objetivos como poder público se basan en el bien común. Pero al mismo tiempo y de forma contradictoria, seguimos viviendo en sociedades plagadas de delito, desigualdad e injusticia.

Hasta la teoría pura del Derecho y el positivismo jurídico no están exentos de conflicto ideológico. Como afirma Gil Cremades (1968) “inmerso en el intento «ilustrado» de dar con un sistema de la ciencia del mundo, distingue Kant entre «cosa» y «saber sobre la cosa» y «mundo» y «saber sobre el mundo» u ontología” (94). Pero este pensamiento resultante de la filosofía de la modernidad llega a la conclusión de que no existe la posibilidad de representar a la “cosa” u “objeto” desligándose de la realidad. El positivismo jurídico y sus píos seguidores han tratado de execrar todo estudio relacionado con la ideología al considerar que los estudios que no sean “estrictamente normativos empeñan la científicidad del derecho” (Vilches & Maldonado, 2009, 2).

En consecuencia, el positivismo que se considera como una crítica misma a la ideología, acaba convirtiéndose en una. Por no hablar de todos los intentos que han existido por definir la Justicia y qué es considerado como justo, siempre valoraciones contaminadas de una gran carga ideológica, ya sea de forma voluntaria o involuntaria.

Para autores como Antonio Salamanca el colonialismo jurídico expresado en la imposición del positivismo como el único planteamiento teórico, habría sido el motivo por el que otros modos de investigación como el ideológico-jurídico fueron relegados y marginados como métodos de investigación (2015,61).

Para Nieto Castillo la ideología está frecuentemente presente en el derecho. Tengamos en cuenta que en los distintos ámbitos de aplicación del

derecho existe la valoración de normas y hechos que tendrán como resultado la solución de conflictos de carácter jurídico, “sean estas abstractas (como en la investigación, la ley y la docencia) o concretas (órgano jurisdiccional)” (2007, 390). Por tanto, en todos los ámbitos jurídicos vamos a identificar valoraciones que nos conducirán a la permeación de la ideología, entre los que se identifican: a. La producción de normas, independientemente de su posición jerárquica; b. La aplicación de estas normas; c. La solución de conflictos de carácter jurídico; d. La docencia del derecho; e. La investigación jurídica.

El problema al que nos enfrentaremos en materia de investigación desde el modo jurídico ideológico no es la existencia de la ideología, sino su identificación, pues siempre trata de ocultarse. Como afirma Althusser “los que están en la ideología se creen por definición fuera de la ideología; uno de los efectos de la ideología es la denegación práctica del carácter ideológico de la ideología; la ideología jamás dice ‘yo soy ideológica’” (1971, 66-67). Precisamente la identificación de la ideología y sus disfraces es un objetivo fundamental del presente trabajo.

5. Modo de investigación ideológico jurídico

El modo de investigación ideológico-jurídico suele hacerse de manera interdisciplinar con el modo axiológico, como explica el profesor Salamanca en el capítulo de la presente obra relacionada con dicho modo de investigación. No obstante, vamos a analizar ciertas características propias del modo ideológico jurídico que deben ser tomadas en cuenta.

Siguiendo a Van Hoecke, el investigador Juan Carlos Riofrío indica que desde la perspectiva ideológica pueden distinguirse varias aproximaciones a la realidad contrapuestas: ecologistas vs. antropocentristas, perspectiva de género vs. perspectiva tradicional de familia, liberales vs. socialistas, esencialistas vs. existencialistas, izquierda vs. derecha, entre otras (2015, 7). Tras lo observado a lo largo de estos capítulos también desde una perspectiva ideológica una aproximación importante al Derecho es si se hace desde un enfoque positivista o iusmaterialista.

Estas perspectivas nos indican cómo la ideología informa y nutre el contenido del ordenamiento jurídico, convirtiéndose en fuentes materiales del derecho. Pero la ideología también se despliega condicionando la

estructura del Estado a través del sistema de fuentes formales del ordenamiento jurídico (Montoro, 1984, 69-70). La ideología por tanto influye y configura tanto el orden constitucional como la estructura del Estado y el ordenamiento jurídico. En consecuencia, los procedimientos de creación del Derecho se corresponderán con cada régimen político inspirados por una ideología determinada.

Siguiendo al colega Antonio Salamanca se diferencian al llevar a cabo toda la investigación desde el modo ideológico-jurídico tres momentos como “constante estructural de su dinamismo: (a) aprehensión de los hechos caóticos y confusos; (b) análisis dialéctico de los mismos; (c) formulación de postulados explicativos y su verificación, probación o falsación” (2015, 70).

El modo ideológico-jurídico de investigación lo podemos aplicar tanto al análisis de normas jurídicas, como podría serlo un estudio relacionado con la evaluación de si una política tributaria se corresponde con un sistema progresivo o regresivo; como al análisis del comportamiento de operadores de justicia, en el caso de por ejemplo de indagar los motivos por los que más del 97% de las demandas individuales presentadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos son rechazadas en el primer filtro de la admisibilidad.

Desde punto de vista práctico a la hora de desarrollar una investigación bajo el modo ideológico jurídico, en primer lugar, se deben identificar los hechos caóticos y confusos objeto de nuestro interés. Podemos tomar como referencia el decreto 883 expedido a principios de octubre de 2019 en Ecuador por el que se liberalizó el precio de combustibles eliminando los subsidios existentes y que fue el desencadenante de una revuelta popular contra la medida que expropiaba gran cantidad de derechos a la ciudadanía, especialmente las personas en una situación de mayor vulnerabilidad.

En segundo lugar, una vez identificados los hechos se deben analizar desde un modo ideológico-jurídico las corrientes de pensamiento enfrentadas entre quienes suscitaron los hechos analizados. En nuestro ejemplo, nos referiremos a los actores que apoyaron la medida de la eliminación de los subsidios (el gobierno, los distintos partidos de derecha y medios de comunicación) y que podrían ser enmarcados dentro de corrientes liberales de autores como Friedrich Hayek o Milton Friedman; mientras quienes se enfrentaron a la medida (pueblo ecuatoriano) estarían inspirados en el pensamiento del sumakKawsay o buen vivir entre otras corrientes.

En tercer lugar, realizaremos la verificación, probación o falsación de los hechos analizados. En qué derivaron los hechos, si hubo una constatación de regresión de derechos o por el contrario avances en su garantía. En los hechos ocurridos en octubre de 2019 y sus consecuencias, comprobamos que las negociaciones de los actores enfrentados tras casi dos semanas de protestas tuvieron como resultado la eliminación del Decreto 883. Pero todo quedó en agua de borrajas, cuando pocos meses después de la protesta y de manera más sutil en medio de la pandemia de COVID 19 y con medidas restrictivas al libre movimiento de la ciudadanía, una nueva liberalización de los precios de combustibles fue impuesta. Los hechos que se han constatado desde entonces es que se ha incrementado la pobreza y la desigualdad en Ecuador.

Debemos por último aclarar que en la aplicación del modo ideológico-jurídico no se deben agotar los tres momentos y los investigadores podrán limitarse al primero o segundo de los momentos. En este sentido, también expresar que los enfoques de este modo son variados y pueden integrar distintas corrientes al mismo tiempo, desde los estudios críticos a los marxistas y feministas. Continuando con el profesor Salamanca, son varios los métodos y técnicas que podemos seguir cuando hacemos uso del modo de investigación ideológico jurídico, entre los que podemos mencionar:

- (i) la identificación del dinamismo histórico de las ideas; (ii) la filología documental; (iii) la encuesta ideológica; (iv) la entrevista ideológica; (v) la biografía ideológica; (vi) la observación ideológica; (vii) el grupo focal ideológico. (2015, 72)

Ahora bien, otra advertencia previa que debemos tener en cuenta a la hora de establecer la relación entre el Derecho y la ideología es que su abordaje se puede hacer desde distintos niveles: el de la dogmática, el de la teoría del derecho y la epistemología del derecho (Blanco 2019, 124).

Para analizar los distintos modos de investigación ideológico-jurídico, vamos a seguir el sistema de clasificación seguido por Christian Courtis teniendo en mente el objetivo de evaluar su utilidad una vez aplicado para “saber algo más acerca del derecho, o explicarlo mejor” (2009, 354). De esta forma identificaremos “tres áreas de aplicación posibles de la noción de ideología al derecho: las normas, las decisiones de operadores jurídicos y la dogmática jurídica” (2009, 355).

A la hora de realizar el análisis ideológico-jurídico en las tres áreas de aplicación mencionadas, hay dos enfoques distintos que no pueden ser perdidos de vista, el “neutro” y el “negativo”. Ambos enfoques no variarían substantivamente el uno del otro pues en ambos casos, nos explica Courtis, constituyen “formas de representar y asignar significado al mundo, y de sus productos o manifestaciones, esto es, un conjunto de representaciones, teorías, ideas, creencias, valores o símbolos, conscientes o inconscientes” (2009, p. 371-372).

Courtis nos habla en primer lugar de la ideología desde la concepción “neutra”, que parte de “la asunción de que toda observación y valoración de la realidad supone un punto de mira pautado por coordenadas históricas, culturales, sociales, económicas, etc.” (2009, p. 354-355). Este enfoque tratará de explicar los distintos factores y puntos de vista sobre una cuestión determinada desde una perspectiva “modelizada”.

El segundo enfoque sería la concepción “negativa” de la ideología, que aparece tanto en las aproximaciones marxistas al problema de la ideología como en otras teorías emancipatorias como el feminismo, el multiculturalismo o los estudios coloniales y postcoloniales, entre otros, en las que según Courtis:

[...] el sentido de la opresión no se vincula con la dominación de clase, sino con otros factores, tales como la subordinación de género, o los vinculados con la posición colonial, la identidad cultural, racial, étnica o sexual, o las diferencias físicas o psíquicas. (2009, p. 370)

La conclusión de la versión negativa es que “el conjunto de las representaciones, teorías, ideas creencias, valores o símbolos supone distorsiones sistemáticas respecto del referente”, lo que ocurre para enmarcar un punto de vista particular o intereses de un grupo o clase, “o que tiene como efecto el mantenimiento de situaciones de dominio, opresión o injusticia” (Courtis, 2009, p. 372).

5.1. La ideología y las normas jurídicas

Las tres áreas de aplicación del modo de investigación ideológico-jurídico lo efectuaremos asumiendo una perspectiva, posición o lugar de enunciación

como investigadores, al mismo tiempo que asumiendo un método de investigación determinado. Para la clarificación de posibles dudas prácticas a continuación procederemos a desarrollar cada una de las áreas de aplicación del modo de investigación ideológico-jurídico.

La primera de las áreas a la que prestaremos atención será el análisis ideológico de las normas jurídicas. Podemos para ello utilizar varios métodos de aproximación. Desde el análisis de discurso, que vimos en autores como Van Dijk, hasta el análisis de los principios explicitados en el cuerpo normativo analizado, como hace Courtis. Podemos poner un par de ejemplos de textos normativos para ilustrar como difieren los principios inspiradores de la Constitución Española de 1978 y la Constitución de la República de Ecuador de 2008.

En el caso de la Constitución Española en su artículo 1.1 declara: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

En este primer caso podemos apreciar que el acento y énfasis es puesto en el Estado de Derecho, por el que el la Ley somete al Estado, que en el caso español será la Constitución como Ley suprema. Al mismo tiempo el poder referente es el Parlamento.

La referencia al *Estado social* en esta Constitución es solo nominal, pues como podremos comprobar en el Capítulo tercero, del Título 1 “De los derechos y deberes fundamentales”, los derechos sociales en realidad son establecidos de forma expresa como “De los principios rectores de la política social y económica”, y en consecuencia no son garantizados por los organismos jurisdiccionales, sino que dependen de su desarrollo por el poder Legislativo y Ejecutivo.

En contraposición, el artículo 1 de la Constitución de la República de Ecuador también en su artículo 1 señala: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”. Se rompe con la concepción liberal del *Estado de Derecho*, que evoluciona en el de *derechos*, lo que implicará que dichos derechos someten al Estado, y el poder referente deviene en las personas y pueblos (Ávila, 2008, 29). En consecuencia, se supera el nominal *Estado social* donde los derechos sociales pasan a convertirse en derechos de plena categoría y no simples principios rectores, como se complementa

en el artículo 11.3 de la Constitución ecuatoriana que reconoce su plena justiciabilidad:

Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...) Los derechos serán plenamente justiciables.

5.2. La ideología y la jurisprudencia

La segunda área que relaciona Courtis con la ideología es la jurisprudencia. Las decisiones judiciales permiten un grado alto de “indeterminación e interpretabilidad del derecho” (Courtis, 2009, 365). Los operadores jurídicos que desarrollan la jurisprudencia tomarán las decisiones en base a sus evaluaciones de los hechos motivados por unos valores en los que encontraremos un importante sustrato ideológico.

Los juicios de valor parten de sus creencias y pueden ser identificadas en la construcción de la narrativa de sus discursos, que pueden ser en muchas ocasiones justificadas y a su vez construidas en “concepciones ideológicas más amplias” (2009, 365).

El análisis del uso ideológico en relación con la justiciabilidad de los derechos humanos, y en concreto los sociales, podemos seguir desarrollándolo ahora. Podemos usar distintos enfoques ideológicos para hacerlo. Como hemos visto en las definiciones y descripciones sobre la ideología utilizadas hasta ahora, podemos hacer uso como concepto de referencia el de la ideología dominante de Gramsci. De esta forma podremos determinar si la jurisprudencia desarrollada refuerza y consolida una ideología liberal, o por el contrario aspira a constituir su rompimiento y como resultado de ello, se erige como contrahegemónica. Esto lo hemos comprobado en decisiones judiciales que a lo largo de la Historia han ayudado en la garantía de derechos y la ampliación de su horizonte de aplicación.

Pero los operadores jurídicos no son simplemente dioses que ejercen su justicia divina desde sus estrados. Los cambios y avances en las conquistas de derechos están permeadas de luchas sociales y el uso del litigio estratégico como herramienta para la transformación del orden social. Ejemplo de

ello lo encontramos en cómo los pueblos indígenas lo han utilizado en la justiciabilidad de sus derechos (Casado, 2020, 985).

En Bolivia, la comunidad indígena “Takana El Turi Manupare II” logró que el Tribunal Constitucional Plurinacional le concediera la tutela de su derecho al hábitat y al domicilio gracias a la movilización y lucha de la comunidad, quienes supieron además utilizar a su favor el derecho internacional como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Los miembros de la comunidad Takana fueron víctimas de amenazas y amedrantamientos con armas de fuego por quien era el concesionario de las tierras en las que se asentaba la comunidad a raíz de un conflicto por la explotación de las castañas que existían en la zona. Los Takana hicieron uso del marco constitucional boliviano, para ejercer su derecho al hábitat (artículo 13.2) y la propiedad de las tierras ancestrales (artículo 14.3). El Tribunal Constitucional boliviano, haciendo uso, a su vez, del control de convencionalidad basándose en el principio de descolonización como base para la protección de la interculturalidad contemplado en el Convenio 169 de la OIT (artículo 8.1) falló en favor de la comunidad Takana. Esta sentencia por tanto vino a poner fin a una *tradicón* de explotación y despojo de las comunidades indígenas bolivianas, anteponiendo sus derechos indígenas frente a los derechos económicos y de explotación de sus tierras ejercidos por concesionarios ajenos a la comunidad. Esta sentencia por tanto es un claro ejemplo de innovación y ruptura frente a la previamente asentada de corte liberal y capitalista.

Lo mismo ocurre con las demandas por la garantía de los derechos sociales, conquistas que se han dado gracias al empuje de los sectores que luchan por las reivindicaciones sociales en los que se apoyan los operadores jurídicos que acaban tutelándolos. Los países pertenecientes al nuevo constitucionalismo latinoamericano han sido durante muchos años punta de lanza de este proceso, encontramos una gran cantidad de sentencias garantistas de los derechos sociales en las constituciones de Ecuador, Bolivia y Venezuela. En estos países podemos apreciar un desarrollo jurisprudencial que ha hecho suyo el mandato constitucional acorde con la legislación internacional que exige la invisibilidad de todos los derechos humanos. El estudio de sentencias relacionados con los derechos sociales tendrá una profundidad difícil de conseguir en estos países, así ocurre en el derecho a la vivienda en donde la matriz colonial y la mentalidad del derecho privado y patrimonial

está siendo combatido (Maniglio et al, 2020). Nuestro trabajo consistirá en analizar si las sentencias y decisiones de los operadores jurídicos constituyen un reforzamiento con la ideología liberal o su debilitamiento, para desde nuestro lugar de enunciación, poder dilucidar el modo de investigación ideológico-jurídico. Por último, no podemos dejar de mencionar, que, para revelar el sesgo y principios ideológicos establecidos en una sentencia judicial, podemos hacer uso de las herramientas metodológicas que nos brinda el análisis del discurso. El uso del análisis del discurso puede ser utilizado desde distintos enfoques dependiendo del autor de referencia. Norman Fairclough considera que el discurso constituye una práctica social, en consecuencia, el discurso analizado en una sentencia debe ser puesto en comparación con el contexto social (1989). Por su parte Ruth Woodak, considera la importancia de la multidimensionalidad del discurso, no solo el contexto social, sino también los distintos modos en los que se expresa (2015). El tercer enfoque sería el de Teun Van Dijk, quien realiza un análisis del discurso de carácter ideológico partiendo de posiciones socio-cognitivas, a través de la cual, se puede investigar, por ejemplo, cómo se reproducen prejuicios preexistentes por parte de los operadores jurídicos (2009).

5.3. La ideología y la dogmática

El último de los niveles que analizaremos es el que tiene relación con la dogmática. El análisis de lo ideológico de la dogmática se puede realizar tanto para los problemas que se deriven de la interpretación del Derecho, *lege data*, como para las propuestas que se produzcan en las reformas, modificaciones o creación de las normas jurídicas, *lege ferenda*.

Para Courtis lo que diferencia conceptualmente la decisión de un juez de la propuesta *lege lata* de un dogmático:

es que el ordenamiento legal dota a las decisiones del juez de valor jurídico, mientras que las interpretaciones del dogmático carecen de ese valor, de modo que su peso depende de su capacidad de persuasión. (2009, 367)

Nuestro análisis en este caso será identificar los principios que se derivan de la solución propuesta y donde se sitúa ideológicamente quien propone

dichas soluciones. El mismo proceso se llevará a cabo en la construcción de las distintas teorías del derecho que estarán articuladas:

sobre principios, distinciones y categorías, y todas ellas son expresión de un punto de vista, de una mirada acerca del mundo, de un recorte particular de rasgos relevantes y preferencias axiológicas. (2009, 369)

Por último, cabe la pena señalar que el análisis ideológico no tiene obligatoriamente que darse en las normas escritas y formalizadas, sino que puede producirse en torno al derecho consuetudinario vivo y el derecho en acción no escrito. Como ejemplo podemos una vez más tomar como referencia las protestas en Ecuador de octubre de 2019, donde se produjo la confrontación de quienes comparten las reglas de la democracia burguesa y quienes tienen una visión ideológica jurídica distinta y resistieron la aplicación de medidas de liberalización de los precios de los combustibles con la eliminación de los subsidios y la consecuente subida de precios. La disputa en este caso se produjo entre una institucionalidad que trató de expropiar a la población una serie de derechos con la consecuente pérdida de poder adquisitivo y nivel de vida vs. quienes impugnaron la medida a través de la democratización de las fuentes productoras del derecho y la participación de la creación del derecho a través del ejercicio de los medios de producción jurídica en asambleas y empoderamiento populares.

6. Conclusiones

La ideología nos rodea, está presente en todas las investigaciones que realizamos, los humanos somos animales ideológicos. Cuando obviamos esta realidad es porque existe un enfoque interesado en ocultar una ideología particular, lo que se convierte en una forma de reforzar la ideología dominante.

El positivismo y el liberalismo son en nuestro momento presente, las dichas ideologías dominantes en el ámbito jurídico. Los estudios críticos irán dirigidos a exponer y modificar estas ideologías dominantes y ponerlas al servicio de las luchas y reivindicaciones de las grandes mayorías.

Entre los retos de los investigadores que hagan uso del modo ideológico jurídico se encuentra mostrar que el rey se encuentra desnudo, al mismo

tiempo que desde una enunciación transparente y honesta poder deconstruir la ideología dominante.

Son distintos los niveles en los que puede actuar el modo ideológico-jurídico, normativo, jurisprudencial, dogmático... pero siempre nos enfrentamos con el mismo desafío. En nuestro contexto latinoamericano forzar una percepción de un Derecho neutro, imparcial o apolítico, no es más que un ocultamiento de posiciones que pasan por reforzar una ideología dominante que además contiene atavismos coloniales y discriminatorios.

7. Bibliografía

- Althusser, L. (1971). *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*. La oveja negra.
- Ávila, R. (2009). Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia. En R. Ávila (Ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (pp. 19-38). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Blanco, A. (2019). El concepto de Ideología y la epistemología del Derecho, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 22, 123-154.
- Casado, F. (2013). *Introducción a los derechos humanos desde una perspectiva bolivariana y revolucionaria*. Editorial William Lara.
- Casado, F. (2020). La influencia del Convenio 169 de la OIT en la justiciabilidad de los derechos indígenas a través de la jurisprudencia en los países del nuevo constitucionalismo latinoamericano, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (159), 977-994.
- Courtis, Ch. (2009). Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del Derecho. En Ch. Courtis (Ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 349-392). Trotta
- Dussel, E. (2013). *Filosofía para la Liberación*. Editorial Docencia.
- Fairclough, N. (1989). *Language and Power*. Longman.
- Freeden, M. (2006). Ideology and political theory, *Journal of Political Ideologies* 11 (1), 3-22.
- Gil Cremades, J. (1968). Derecho e Ideología, *Revista de Estudios Políticos* (157), 87-120.

- Gramsci, A. (2017). *Escritos. Antología*. Alianza Editorial.
- Maniglio, F., Casado, F. & Chávez, G (2019). La justiciabilidad de los derechos sociales. El caso del derecho al hábitat y a la vivienda en Ecuador (2007-2017), *Revista Latinoamericana de Derecho Social* 31, 143-174.
- Marcuse, H. (2010). *El Hombre Unidimensional*. Planeta-Agostini
- Martínez Matías, P. (2020). Gramsci a la luz de Marx: sobre ideología y hegemonía. *Foro Interno*, 20, 13-26.
- Marx, C. &Engles, F. (1848). *Manifiesto del Partido Comunista*. Marxist Internet Archive <https://bit.ly/32mHTek>
- Mignolo, W. (1993). La colonialidad a lo largo y a lo ancho: el hemisferio occidental en el horizonte colonial de la modernidad. En E. Lander (Ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 34-58). CLACSO
- Montoro, M. (1984). Ideologías y fuentes del Derecho, *Anales de Derecho*, 6, 55-84.
- Nieto, S. (2007). Metodología jurídica e ideologías en el derecho. Sobre la influencia de la ideología en los ámbitos de aplicación del derecho. En D. Cienfuegos & M. C. Macías (Coors.), *Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. La enseñanza del derecho* (pp. 387-401). Universidad Central Autónoma de México.
- Pérez Rojas, E. & Barrientos del Monte, F. (2017). Apuntes sobre la ideología y su relación con el Derecho, *Jóvenes en la Ciencia* 3 (2), 1134-1142.
- Quijano, A. (1993). Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. En E. Lander (Ed.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas* (pp. 122-146). CLACSO
- Riofrío, J. C. (2015). La selección del método de investigación jurídica. 110 métodos posibles, *Revista de Educación y Derecho* 12, 1-27.
- Saladino, A. (2010). Praxis liberacionista de Enrique Dussel: la concepción del indio. *Latinoamérica* 51, 141-157.
- Salamanca, A. (2015). La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología, *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales* 14, 59-92.

- Salamanca, A. & Casado, F. (2019). La Revolución de los derechos sociales en Venezuela, Ecuador y Bolivia: gestación de un paradigma iusmateralista. *Crítica Jurídica* 1, 257-289.
- Sierra, F. (2017). Ideología y crítica de la Cultura en Bolívar Echevarría. *Nuestra Bandera: revista de debate político*, 235, 82-102-
- Van Dijk, T. (2005). Ideología y análisis del discurso. *Utopía y Praxis Latinoamericana* 10 (29), 9-36.
- Vilches, M. & Maldonado, L. (2008). La pureza del derecho y su ideología, *Epikēia. Revista de Derecho y Política* 9, 1-19.
- Žižek, S. (2003). *El sublime objeto de la ideología*. Siglo veintiuno editores Argentina s.a.

Documentos legales

- Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. 27 de junio de 1989
- Declaración y Programa de Acción de Viena. 25 de junio de 1993
- Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966
- Primer Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 16 de diciembre de 1966
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 16 de diciembre de 1966
- Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 24 de septiembre de 2009

Sentencias consultadas

- TCP, 0572, Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, 2014.

Capítulo 14

Modo axiológico-jurídico en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural

Antonio Salamanca Serrano

1. Introducción: problemas de la investigación jurídica en el siglo XXI

La educación y la investigación jurídica adolecen de serios problemas en nuestro tiempo. En términos globales, para un mapeo de esta realidad puede ayudar la obra *El fetiche jurídico del capital: Expansión imperialista de su hegemonía sistémica a través de los estudios de derecho* (2017). Lo mismo ocurre en la evolución de los estudios del Derecho en el ámbito regional de nuestra América. Constatando y diagnosticando este hecho, uno de los primeros diagnósticos latinoamericanos recientes fue el publicado en 2006 bajo la coordinación de Ch. Courtis y M. Atienza, *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Años después, la problemática regional continúa, como lo evidencia los trabajos de M. Sánchez Zorrilla (2011) y M. García y M. Cevallos (2019). En el caso de Ecuador, el reciente estudio de R. Padilla y J. Fabara *La carrera de Derecho en Ecuador: Análisis de los planes de estudio en el 2018*, publicado ese mismo año, viene a confirmar que la educación e investigación jurídica sigue siendo predominantemente positivista y normativista, presa dogmáticamente en la exégesis del texto y con nula o escasa apertura interdisciplinar e intercultural.

El alcance del problema es más dramático en aquellos países que han acogido e intentan materializar el horizonte del nuevo constitucionalismo nuestroamericano como Bolivia, Ecuador o Venezuela. La contradicción entre las exigencias del marco constitucional y el tipo de formación e investigación jurídica que se realiza está afectando a los trabajos de los activistas sociales, el aprendizaje de los alumnos y el diseño de las mallas o *pensum* de las carreras de Derecho, los proyectos de investigación y publicaciones de los alumnos y profesores docentes e investigadores universitarios, la actividad de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, policías, abogados, etc.).

Entramos en la tercera década del siglo XXI y muchos de los estudiantes de derecho y de otras disciplinas, que desean iniciarse en el campo de la investigación jurídica, se encuentran con algunos serios problemas. Obstáculos compartidos frecuentemente también por los docentes investigadores de Iberoamérica y el resto del mundo. Entre ellos mencionamos los siguientes: 1º) disparidad elevada sobre los conceptos de lo que sea el derecho (su objeto): ¿es un hecho?, ¿es norma?, ¿es texto?, ¿es coordinación de acciones?, ¿es praxis normativa?; 2º) oscuridad sobre cómo investigar el derecho (su método): ¿la glosa?, ¿la exégesis analítica?, ¿la deducción de la voluntad?, ¿la inducción de los intereses sociales en conflicto?, ¿la subsunción silogística?; 3º) limitaciones etnocéntricas y antropocéntricas de los horizontes culturales de los investigadores: ¿el derecho romano germánico?, ¿el derecho anglosajón?, ¿el derecho del interés burgués?, ¿el derecho europeo occidental?, ¿el derecho legicéntrico?, ¿el derecho codificado?, ¿el derecho antropocéntrico?, ¿el derecho consuetudinario?, ¿el derecho de los pobres?, ¿el derecho biocéntrico?

Estos problemas en la investigación jurídica global en el siglo XXI son expresión, en gran parte, de un malestar jurídico provocado por el paradigma de derecho dominante: *el fetichismo positivista normativista*. Un ídolo de palo, con pies de barro, que hace aguas por todas partes pero que es sostenido y se extiende por su eficacia trampantoja en la dominación. Impotente para satisfacer los derechos de los pobres y grandes mayorías, resulta violento para vampirizar hasta el último aliento de sus existencias. Bajo ese fetiche, la investigación jurídica queda reducida muchas veces al dogmatismo, la glosa, el formalismo, el clasismo esotérico, la confusión sincretista metodológica, etc. Se suele hacer en soledad, plagada de individualismo monodisciplinar,

con desconocimiento de los modos interdisciplinares e interculturales y mescolanza con los enfoques, los diseños y técnicas. Este horizonte jurídico se ha hecho dominante desde el siglo XIX. Un modo de entender el derecho preparado por la clase social que ha conseguido su expansión desde el siglo XVIII: la burguesía, primero europea y ahora global. Algunos acontecimientos históricos han hecho posible esa dominación. Hechos que han acompañado el ascenso económico político de los burgueses: 1º) la aparición de las primeras universidades en Europa entre los siglos XI y XIII, herederas de las escuelas municipales romanas y de las escuelas monacales (Bolonia 1088, Oxford 1096, París 1150, Salamanca, 1218), que imparten Teología, Derecho Canónico y Medicina; 2º) la escuela de los glosadores y posglosadores de los textos sagrados y del Derecho Canónico entre los siglos XI-XIII; 3º) el voluntarismo teológico de Guillermo de Ockham y Duns Scotus, entre los siglos XIII-XIV; 4º) el invento de la imprenta (1440) con la Reforma Protestante y su primera traducción de la biblia al alemán (1534); 5º) el cercamiento del derecho consuetudinario, propio de los pueblos, por la expansión imperial y colonial del modo de aprendizaje universitario del derecho como glosa y exégesis de la voluntad 'divina'. Ello fue posibilitado por la fundación de las primeras universidades en el Nuevo Mundo (Universidad de Santo Tomás, 1538, República Dominicana; Universidad de San Marcos, 1549, Perú; Universidad Real y Pontificia de México, 1551); 6º) el fetiche de la codificación napoleónica (siglo XIX) que entiende el derecho como la voluntad escrita, moralmente escéptica; oráculos esotéricos de un sacerdocio burgués que predica representar al pueblo.

El paradigma jurídico hegemónico, el positivismo jurídico en sus diferentes escuelas, se encuentra en el siglo XXI como estaba la humanidad hasta el siglo XVI, antes de Copérnico, respecto a su creencia geocéntrica: descentrado. Sus teorías no dan explicaciones coherentes, sin contradicciones y verificables por las evidencias de los hechos de lo que es el derecho y su investigación. Urge una revolución jurídica copernicana que retome el camino jurídico de los pueblos: silenciado, invisibilizado y marginado, así como hizo Copérnico con la tradición heliocéntrica de Aristarco de Samos (s. IV a.C.).

Una propuesta en ese sendero es el iusmaterialismo. Emulando desde este observatorio cósmico galileico, el derecho es *praxis con un poder real para satisfacer necesidades/capacidades para la vida y la reproducción de la vida de*

las personas, los pueblos y la naturaleza, acotados autónomamente por la comunidad, y con la ayuda de la fuerza coactiva tutelar comunitaria. En este nuevo (antiguo) paradigma el derecho es una acción (praxis) normativa, mucho más que la mediación lingüística de una voluntad escrita, de un discurso o de una argumentación retórica. Pone el mundo jurídico sobre los pies de la praxis, un mundo jurídico que está de cabeza desde hace doscientos años. Pues, bien por ser el derecho el hecho de una acción, la materialidad de esta praxis, como un tipo de relación social sustantiva de poder, es susceptible de investigación científica más allá de la exégesis normativista o la formalización analítica de postulados axiomáticos.

La investigación jurídica requiere entonces su método propio para indagar este hecho de praxis normativa, como su objeto propio. Un método que no confunda y distinga entre: a) los diferentes modos o perspectivas interdisciplinarios e interculturales de buscar explicaciones en el campo del derecho (modo antropojurídico, sociojurídico, historicojurídico, ideológicojurídico, etc.); b) los diferentes enfoques (cualitativo, cuantitativo, mixto); c) los diferentes diseños en la investigación; d) las diferentes técnicas en la obtención de datos, análisis y verificación.

2. El modo axiologicoyurídico en la investigación

La investigación del hecho *del derecho en acción* puede hacerse desde una pluralidad interdisciplinaria de perspectivas, lo que nosotros llamamos “modos”: modo antropojurídico, sociojurídico, historicojurídico, ideológicojurídico, además de los tradicionales modos normativo y jurisprudencial. De esta pluralidad interdisciplinaria, en el presente trabajo nos vamos a ocupar de uno de ellos: el *modo axiologicoyurídico*, en el paradigma iusmaterialista.

El derecho positivista de la burguesía ha extirpado, con mayor o menor fiereza, la moral (la justicia) del Derecho. Ello lo ha pretendido conseguir con su escepticismo, subjetivismo y relativismo epistemológico y axiológico. En el horizonte iusmaterialista, sin embargo, el derecho se muestra como acción (relación social) ineludiblemente moral. Es una parte, un subcampo, del todo de la praxis moral, con su especificidad. La especificidad del derecho en el campo más amplio de la moral consiste en que acota autónomamente una parte de los bienes morales que considera especialmente importantes para garantizar la vida y la reproducción de la vida de los pueblos y la naturaleza,

en un momento y espacio histórico determinado, y refuerza su protección con el apoyo de la fuerza coactiva tutelar más o menos institucionalizada de la comunidad. La dimensión axiológica del derecho se muestra precisamente como la fuente última de su contenido, la brújula y cauce de su dirección, y el fundamento de su legitimidad.

A continuación vamos a ir acompañando al lector paso a paso y con ejemplos, mostrando cómo se podría realizar una investigación jurídica más allá de la exégesis normativa o glosa jurisprudencial en la que algunas de las variables sean los valores.

2.1. Inicio de la investigación. Los hechos morales caóticos y confusos: identificación y codificación

En la perspectiva axiológicojurídica, el primer paso es el enfrentamiento con hechos caóticos y confusos problemáticos que no tienen explicación. De todos los hechos y de todo el contenido problemático de esos hechos se escoge aquello que tiene relevancia valorativa (que implica valores y valoraciones) y jurídica. Es decir, el enfrentamiento lo es con la problematicidad de la dimensión ética o moral de las acciones (de los valores) en su dinamismo de producción (origen), circulación (desarrollo) y apropiación (distribución y consumo) de ellos y de los derechos de los pueblos y la Naturaleza, sus instituciones y sistemas axiológicos y jurídicos. Este modo de investigación se suele hacer interdisciplinariamente con el ideológicojurídico, ello por la fuerza y el peso de los valores en el contenido de las ideas. Sin embargo, el modo axiológicojurídico tiene su propia especificidad y es fundamental poder diferenciarlo dado el papel esencial que tienen en la legitimación del Derecho.

Los dos momentos del primer paso son: 1º la identificación y 2º la codificación de los hechos que pueden tener relevancia axiológicojurídica.

Las técnicas para la identificación de los hechos con relevancia moral y jurídica son interdisciplinarias. Las más comunes se toman en gran parte de la Axiología, Ética o la Moral, como ramas de la Filosofía, pero no se tienen por qué circunscribir solamente a estas disciplinas.

Entre algunas de las principales técnicas cabe mencionar: (i) la encuesta axiológica; (ii) la entrevista axiológica; (iii) la biografía axiológica; (iv) la observación axiológica; (v) el grupo focal axiológico; (vi) los dilemas

morales; (vii) la contradicción axiológica ortodoxia-ortopraxis; (viii) la identificación del dinamismo histórico de los valores; (ix) la filología documental axiológica.

Pues bien, con estas técnicas, los momentos de los pasos son:

1. Se parte de la identificación de los hechos morales caóticos y confusos en su posible relevancia jurídica (conocimientos jurídicos de la comunidad, instituciones sociales jurídicas, derechos de las personas y naturaleza, etc.).

La identificación es de hechos que se presume tienen relevancia axiológicojurídica y que se presentan como caóticos y confusos, esto es, hechos que inexplicables, muchas veces contradictorios, sin que se conozca con certeza qué, cómo ni por qué aparecen. Estos hechos pueden ser escritos y pueden no contar con mediación textual. En el siguiente ejemplo indicamos dos extractos de hechos morales relacionados ocurridos en Ecuador en octubre de 2019, uno escrito y otro no escrito: el Decreto Ejecutivo 883, del presidente Lenin Moreno, que liberaliza el precio de la gasolina (escrito) y la Insurgencia popular contra el Decreto (no escrito).

Ejemplo

Lenin Moreno, *Decreto Ejecutivo 883*, de 2 de octubre de 2019 (art. 2). “El precio de venta en terminal para la gasolina súper, extra, extra con etanol, diésel premium y diésel 2 para el sector automotriz, será determinado en forma mensual por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, con base al costo promedio ponderado más los costos de transporte, almacenamiento, comercialización de la Empresa Pública Petroecuador y los tributos que fueren aplicables. Los costos de las gasolinas extra y extra con etanol para el sector automotriz, será el resultado de la ponderación de los costos de Empresa Pública Petroecuador de los dos productos. Los costos de diésel premium y diésel 2 para el sector automotriz, será el resultado de la ponderación de los costos de Empresa Pública Petroecuador de los dos productos”.

2. Una vez que se han identificado los hechos que se presume pueden tener relevancia axiológico-jurídica, se procede a la codificación de los mismos como unidades para el análisis o *códigos axiológicos*. Conviene no confundir el término “código” con un conjunto de normas, tan fre-

cuenta en el ámbito tradicional del derecho. Un código en la investigación es una unidad de información que se consideran inicialmente relevante para la búsqueda de respuesta al problema planteado. Como estamos en el modo axiológico jurídico estas unidades de información deben tener relevancia moral o éticojurídica.

**Figura 21. Insurgencia popular contra el Decreto n° 883,
3-13 octubre de 2019**



A su vez, los códigos se pueden agrupar por similitudes en grupos de códigos o *categorías axiológicas*. Las categorías son por tanto conjunto de códigos en los que se encuentra alguna relación común. Para la codificación y creación de categorías puede ayudar, entre otros, programas de identificación y análisis cualitativo como el Atlas.ti, o el Stata y SPSS para identificación y análisis, también cuantitativos. A modo de ejemplo de hechos con relevancia axiológico-jurídica (códigos):

- a) “El precio de venta en terminal para la gasolina súper, extra, extra con etanol, diésel premium y diésel 2 para el sector automotriz, será determinado en forma mensual por la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, con base al costo promedio ponderado más los costos de transporte, almacenamiento, comercialización de la Empresa Pública Petroecuador y los tributos que fueren aplicables”

Este hecho, con mediación escrita, aparentemente se presenta sin carga axiológica. Pero si se observa con detenimiento se aprecia que lo que se dice es que el precio del combustible queda determinado

mensualmente por el coste promedio del mercado y los tributos. Este hecho no solo está cargado axiológicamente sino también jurídicamente (derecho económico). Términos como “determinado mensualmente” y “costo promedio” se convierten en elementos axiológicos claves en esta unidad para el análisis (código). Y si se quiere afinar más el análisis, “mensualmente” y “costo promedio” se pueden considerar como códigos. La agrupación de códigos en función de algún elemento común se convierte en categoría axiológica.

Código 1: “determinado mensualmente”

Código 2: “costo promedio”

- b) En el segundo caso estamos ante una imagen, un hecho no escrito. La mujer indígena con mascarilla de pie, en lucha y sin armas, el colorido de su ropa, el humo de la calle, etc., se convierten en hechos no solo con relevancia moral sino jurídica. Las partes de estas imágenes se pueden convertir en códigos como unidades para el análisis

Código 3: Es el rostro de una mujer indígena, con su indumentaria y cubierto por una mascarilla.



Código 4: Es el humo de los gases lacrimógenos en las calles de Quito.



2.2. Análisis sistémico de los hechos identificados y codificados con carga moral

El segundo paso es este tipo de investigación axiologojurídica es el análisis sistémico de los hechos caóticos y confusos con carga moral y jurídica que previamente han sido identificados y codificados. Los momentos de esta segunda fase son dos: 1º) la sistematización de los códigos y categorías; y 2º) el análisis sistémico de los códigos y categorías.

1. Las agrupaciones de los códigos se sistematizan en función de lo que aporten a una categoría que los integra. Esta categoría se crea considerando un elemento común que permite la agrupación de los códigos. Las categorías se sistematizan también en función del problema de investigación. Pueden servir para la identificación de las variables de la investigación. Para ello puede ayudar, entre otros, programas de sistematización cualitativa como el Atlas.ti, o el Stata y SPSS para sistematización también cuantitativa.

Siguiendo con el ejemplo anterior, veamos cómo se sistematizarían los cuatro códigos en dos categorías y la articulación de estas con el problema de investigación:

- a) Categoría 1ª: Ética del mercado
 - ▶ Código 1: “determinado mensualmente”
 - ▶ Código 2: “costo promedio”
- b) Categoría 2ª: Derecho popular insurgente
 - ▶ Código 3: Imagen de rostro mujer indígena con mascarilla
 - ▶ Código 4: Imagen de humo de gases lacrimógenos en las calles de Quito.

La sistematización de los códigos y las categorías se hace en función del problema y las posibles variables de la investigación. Por ejemplo, si el problema de investigación fuese:

- ▶ ¿En qué consistió el conflicto jurídico de los sucesos entre el 3-13 de Octubre 2019 en Ecuador?

La sistematización de las categorías propuestas nos permitirían identificar y formular al menos dos posibles variables para buscar respuesta a la pregunta de investigación: a) la ética del marcado; b) el derecho popular insurgente.

El análisis sistémico de los códigos y categorías se realiza en función de los diferentes diseños escogidos según los enfoques de la investigación: cuantitativa, cualitativa o mixta, entre los principales:

- Diseños en el enfoque cuantitativo:
 - a) Diseños experimentales, según tipología de Campbell y Stanley:
 1. Preexperimentos
 2. Experimentos “puros”
 3. Casiexperimentos
 4. Diseños no experimentales
 5. Diseños transeccionales (exploratorios, descriptivos, correlacionales-causales)
 6. Diseños longitudinales (de tendencia, de evolución de grupo, de panel)
- Diseños en el enfoque cualitativo:
 - a) Diseños de la teoría fundamentada (sistemática, emergente, constructivista)
 - b) Diseños etnográficos
 - c) Diseños narrativos
 - d) Diseños de la investigación-acción
 - e) Diseños fenomenológicos
 - f) Diseños históricos
- Diseños en el enfoque mixto:
 - a) Diseño exploratorio secuencial (DEXPLoS)
 - b) Diseño explicativo secuencial (DEXPLIS)
 - c) Diseño transformativo secuencial (DITRAS)
 - d) Diseño de triangulación concurrente (DITRIAC)
 - e) Diseño anidado concurrente de varios niveles (DIACNIV)
 - f) Diseño transformativo concurrente (DISTRAC)

Fuente: Hernández Sampieri, R. et al., Metodología de la Investigación, 6ta edición. México: Mc Graw Hill/Interamericana editores, 2014

Las técnicas para el análisis sistémico en el modo axiológico-jurídico de investigación se toman de las técnicas comunes en gran parte de la investigación ética y moral, como ramas de la filosofía, pero no solo. Entre algunas de las principales cabe mencionar: (i) el análisis sistémico de los códigos y categorías de observación axiológica; (ii) el análisis sistémico cuantitativo

y/o cualitativo de los códigos y datos de la filología documental axiológica; (iii) el análisis sistémicos de los datos de la encuesta axiológica; (iv) el análisis sistémico de los datos de las entrevistas axiológicas; (v) el análisis sistémico de los datos de las biografías axiológicas; (vi) el análisis sistémico de los datos de los grupos focales axiológicos; (vii) el análisis sistémico de los datos de los dilemas morales; (viii) el análisis sistémico de las contradicciones axiológicas entre la ortopraxis y la ortodoxia de los actores. Para el análisis sistémico puede ayudar, entre otros, programas de análisis cualitativo como el Atlas.ti, o el Stata y SPSS para análisis también cuantitativo.

Siguiendo con el ejemplo, a modo ilustrativo, valgan los siguientes tipos de análisis sistémicos, entre otros muchos posibles:

1. Un primer tipo de análisis sistémico de los valores-derecho identificados y sistematizados puede consistir en analizarlos como parte del paradigma andino de la ética del buen vivir (Sumak Kawsay):
 - a) La complementariedad andina, frente a la contraposición del capital
 - b) La reciprocidad andina, frente al individualismo burgués
 - c) El biocentrismo de la Madre Tierra, frente al antropocentrismo tecnocientífico
 - d) El buen vivir o vivir en plenitud andino (vivir en plenitud), frente al vivir bien capitalista
 - e) Los valores andinos del buen vivir (algunos de ellos):
 - a. No mientas
 - b. No robes
 - c. No seas perezoso
 - d. No seas cobarde
2. Un segundo tipo análisis sistémico de los valores-derechos identificados y sistematizados puede consistir en analizarlos como parte de alguna de las distintas constelaciones axiologicojurídicas o *modelos jurídicosmorales*
 - Modelos eticojurídicos humanistas
 - a) El ser humano “virtuoso”, según Aristóteles
 - b) El ser humano del “del deber”, según I. Kant
 - c) El ser humano “nuevo”, según K. Marx

- Modelos eticojurídicos pragmáticos
 - a) El ser humano “estoico”, según Epicteto
 - b) El ser humano “de la moral provisional”, según R. Descartes
 - c) El ser humano “utilitarista”, según J. S. Mill
- Modelos eticojurídicos antihumanistas
 - a) El “superhombre”, según F. Nietzsche
 - b) El ser humano de la “ética científica”, según J. Monod

Fuente: M. Vidal, *Moral de actitudes*, vol.2. Madrid, PS Editorial, 1979: 17-100.

3. Un tercer tipo de análisis sistémico puede consistir en analizar los sistemas de valores-derechos en función de las distintas propuestas sobre los estadios de desarrollo moral-jurídico. (véase Tablas 19, 20, 21)
4. Un cuarto ejemplo de tipo de análisis sistémico puede consistir en analizar la aplicación (o fundamentación) de un determinado sistema de derechos humanos en función del sistema bivalente de valores morales, personales y colectivos (biovalores vs. disvalores), inspirado en el ius-materialismo. (véase Figura 22)

3. La explicación axiológicojurídica de los hechos

Como hemos indicado, la investigación jurídica no es un eclecticismo metodológico sin identidad. La investigación jurídica abre su campo a los diferentes modos o perspectivas interdisciplinares e interculturales. La investigación jurídica, viéndose como parte de ese campo interdisciplinar, toma de esas diferentes disciplinas sus conocimientos y las técnicas de obtención, análisis y también de verificación de los datos para ver cómo ello afecta a un tipo de relación social de poder que le es propia y le da identidad: la relación jurídica (el derecho). En el caso de la investigación axiológicojurídica lo que se busca son las explicaciones de cómo un sistema determinado de valores (el mundo axiológico en general) afecta al sistema de derecho (derechos, instituciones jurídicas, etc.).

El alcance de la investigación axiológicojurídica puede ser: (i) exploratorio; (ii) sistematizador-analítico; (iii) probatorio (verificador). Una investigación puede plantearse cumplir las tres fases, pero no necesariamente. Ello

Tabla 19

Estadios de desarrollo axiológicojurídico inspirados en J. Piaget

Primer estadio: premoral o preconvencional (6 primeros años de vida)	• Capacidad para representar las cosas y las acciones utilizando el lenguaje
	• Capacidad para recordar las actuaciones y proyectar las intenciones futuras
	• Incapacidad para realizar razonamientos abstractos
	• Incapacidad para comprender el significado de las normas generales.
	• Relación con las normas como concretas, sagradas, imposibles de variar, y que se deben cumplir literalmente.
	• Heteronomía moral, ven las normas como imposición externa del poder (adultos, policía, Dios, etc.)
	• Criterio moral de actuación dicotómico: bien vs mal
	• Justicia como castigo inminente
	• Incapacidad de generalizaciones abstractas y valoraciones abstractas de las normas
	• Capacidad de operaciones mentales con objetos presentes
Segundo estadio: moral convencional (7 a 11 años)	• Capacidad de identificar algunas relaciones entre las cosas, y de la reversibilidad de algunos cambios físicos
	• Desarrollo de valores (sentimientos morales) honestidad
	• El origen de las normas en el respeto mutuo entre iguales
	• Respeto a las normas como expresión del respeto al grupo y condición del orden
	• Aplicación concreta y poco flexible de las normas

Tabla 19
Estadios de desarrollo axiológicojurídico inspirados en J. Piaget

<p>Tercer estadio: moral posconvencional (12 años en adelante)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Capacidad cognitiva para las generalizaciones y operaciones mentales abstractas (pueden pasar de lo general a lo particular y viceversa)
	<ul style="list-style-type: none"> • Capacidad para entender que hay delitos y crímenes que quedan sin castigo
	<ul style="list-style-type: none"> • Desarrollo de valores (sentimientos morales) como la compasión, el altruismo
	<ul style="list-style-type: none"> • Capacidad para considerar la situación concreta del otro en la aplicación de las normas
	<ul style="list-style-type: none"> • Capacidad para violar normas por atender las necesidades humanas y animales
	<ul style="list-style-type: none"> • Capacidad para valorar la intencionalidad del sujeto en los actos más allá de las consecuencias
	<ul style="list-style-type: none"> • Capacidad de autonomía en la regulación de la propia conducta, frente a la heteronomía
	<ul style="list-style-type: none"> • Capacidad para obligarse personalmente al cumplimiento de las normas

Fuente: elaboración propia (inspirado en J. Piaget, El criterio moral en el niño, 1934)

Tabla 20
Estadios de desarrollo moral/jurídico inspirado en Lawrence Kohlberg

Formulación de los niveles de juicio moral según Kohlberg, 1962			
Nivel	Características	Bases de juicio	Estadios de desarrollo
Preconvencional	La persona que justifica sus decisiones morales en este nivel es sensible a las reglas culturales y a lo que es etiquetado como bueno o malo socialmente hablando. Evita transgredir aquellas normas sancionadas con castigos, debido a que teme el poder superior de la autoridad y las consecuencias negativas de la infracción.	El valor moral reside en acontecimientos o necesidades externas o cuasifísicas, más que en las personas y estándares sociales.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Orientación al castigo y la obediencia. Referencia egocéntrica al poder o prestigio superiores, o una tendencia a evitar problemas. Las consecuencias físicas evidentes determinan si una acción o una decisión moral son buenas o malas. Responsabilidad objetiva. 2. Orientación ingenuamente egoísta. La razón para la acción es la satisfacción de las propias necesidades e intereses, en un mundo en donde se reconoce que cada persona tiene intereses personales. Las relaciones humanas se ven en términos de intereses negociables. La reciprocidad aquí no se da en términos de lealtad, gratitud o justicia, sino de provecho.
Convencional	Quien justifica sus juicios en este nivel tiene una perspectiva de miembro de la sociedad, esto es, se ha identificado con las reglas y las expectativas de otros, y las ha interiorizado, en especial las de la autoridad. Ya no tienen tan en cuenta las consecuencias inmediatas de las acciones y la actitud que mantiene no es sólo de búsqueda de satisfacción personal, sino de lucha por mantener, apoyar y justificar el orden social.	El valor moral reside en interpretar roles buenos o correctos, en mantener el orden y las expectativas de los demás.	<ol style="list-style-type: none"> 3. Orientación del buen chico. Lo que está bien es vivir de acuerdo con lo que esperan las personas próximas a cada quien (ser un buen hijo, un buen amigo, etc.). Existe conformidad con las imágenes estereotípicas de buen comportamiento. La conducta frecuentemente es juzgada por su intención. 4. Orientación de mantenimiento de la ley y el orden social. El fin último es mantener la institución en su conjunto, con lo cual evita cualquier ruptura del sistema. Se debe cumplir con los deberes actuales con los que se está de acuerdo. Las leyes deben ser respetadas y defendidas, excepto en los casos en que entran en conflicto con deberes establecidos.

Tabla 20
Estadios de desarrollo moral/jurídico inspirado en Lawrence Kohlberg

Formulación de los niveles de juicio moral según Kohlberg, 1962			
Nivel	Características	Bases de juicio	Estadios de desarrollo
Postconvencional	Aquél que razona dentro de este nivel antepone sus principios morales a las normas grupales o intereses de personas particulares, y define sus valores como principios autoimpuestos.	El valor moral reside en la conformidad del ego con estándares, derechos o deberes compartidos o compartibles.	5. Orientación legalista contractual. Se es consciente de que la gente mantiene una variedad de valores y opiniones, y de que la mayoría de éstos son relativos a los grupos, sin embargo, se entiende que alguno de estos valores no son relativos, como la vida y la libertad. Se cree en la validez de los principios morales universales y se tiene un sentido de compromiso personal con ellos. El deber se define en términos de contrato, evitando la violación de los derechos de otros y según la voluntad y bienestar de la mayoría.
			6. Orientación de conciencia. Los derechos son definidos por decisiones de conciencia de acuerdo con principios éticos de universalidad. Se defienden los principios universales de justicia, reciprocidad, igualdad de derechos y respeto a la dignidad del otro como ser humano individual, racional y valioso. En el caso de que los principios entren en conflicto con las normas de la sociedad, el individuo postconvencional juzga por los principios más que por los acuerdos. Esta orientación es ejemplificada por el pensamiento de Jesucristo, Gandhi y Martin Luther King.

Fuente: Yáñez-Canal, Jaime, María Angélica Fonseca Lamprea, y Adriana Milena Perdomo Salazar. «Lawrence Kohlberg, una obra en permanente construcción». Folios Segunda época nº 35 (2012) pp. 67-86. L. Kohlberg fue ajustando sus propuestas de estadios y existen otras posteriores.

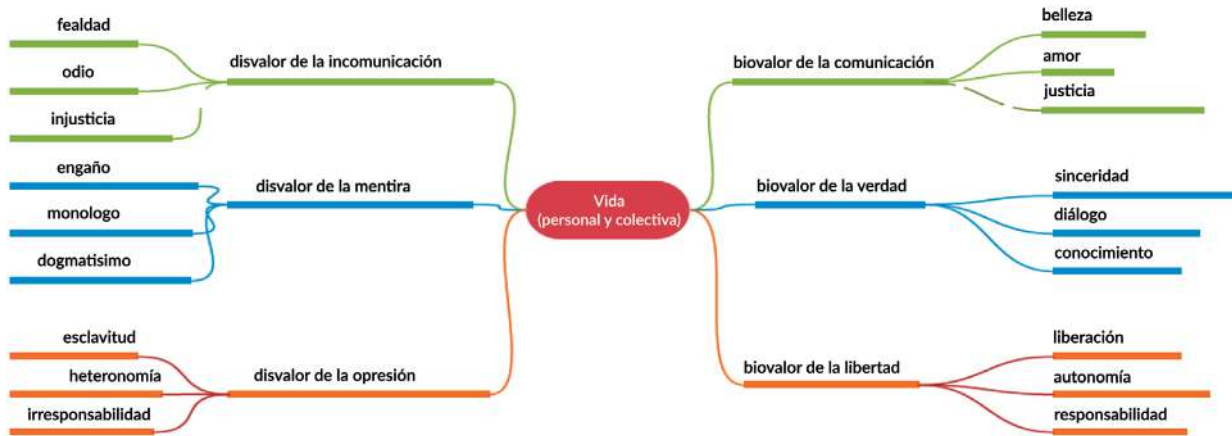
Tabla 21

Estadios de desarrollo moral/jurídico inspirado en la ética del cuidado de C. Gilligan

Primer nivel	Atención al Yo para asegurar la supervivencia: el cuidado de sí misma.
Transición	Consideración del planteamiento del primer nivel como egoísta.
Segundo nivel	Conexión entre el Yo y los otros por medio del concepto de responsabilidad: la atención a los demás y la relegación de sí misma a un segundo plano.
Transición	Análisis del desequilibrio entre autosacrificio y cuidado, reconsideración de la relación entre el Yo y los otros.
Tercer nivel	Inclusión del Yo y de los otros en la responsabilidad del cuidado. Necesidad de equilibrio entre el poder y el cuidado de sí misma, por una parte, y el cuidado a los demás por la otra.

Fuente: elaboración propia. Inspirado en Gilligan, Carol. In a different voice: Psychological theory and women's development. Harvard University Press, 1993. La propuesta de la autora ha recibido críticas tanto del feminismo liberal como el crítico más radical de inspiración marxista. La propuesta aquí solo tiene ilustrativa, cabe hacer lo propio con otras propuestas de ética feminista, lo que enriquecería ciertamente la investigación.

Figura 22. Estructura del sistema de biovalores vs disvalores



Fuente: elaboración propia, A. Salamanca, «Ética del Sumak Kawsay. Morada criadora de la buena vida de los pueblos con la Naturaleza». Revista Sarance, n.o 27 (2011): 17-38.

no desmerece en sentido alguno el aporte investigador. Muchos trabajos de investigación inician con la fase exploratoria. Otros, apoyados en esta, buscan llegar al análisis sistémico de los datos. Finalmente, algunos, apoyados en las dos fases anteriores o asumiendo el desafío de culminar las tres fases en el proyecto, llegan a la probación (verificación). Es por ello que un trabajo de investigación no necesariamente tiene la obligación de contar con una hipótesis para verificar. Depende de su alcance. Si su alcance es explicativo, ciertamente sí. Pero no si su alcance es únicamente exploratorio o analítico sistémico.

Para quienes creen en el dogma liberal burgués del racionalismo crítico (K. Popper), o lo adoctrinan cínicamente, la probación científica no puede asumirse como verificación. En su lugar, lo que cabe es la “falsación”. El iusmaterialismo, que inspira este trabajo, es crítico con el “falsacionismo” porque parte de la asunción de una creencia “irracional” llamada escepticismo cognitivo, propio de la ideología epistemológica burguesa propagada por D. Hume, sus hijos y nietos. Desde el iusmaterialismo, en lugar de la “falsación”, lo que se propone es la “verificación”. La verdad es una búsqueda humilde y constante, ciertamente. Pero los pequeños encuentros con las verdades parciales no son quimeras provisionales sino humildes certezas que progresivamente se profundizan y fortalecen.

Pues bien, en una investigación axiologojurídica que pretenda explicar hechos caóticos y confusos, una vez que se cuenta con el análisis sistémico, se debe proceder a: 1º) formular postulados explicativos, lo que habitualmente se entiende por hipótesis; 2º) luego someterla a probación. Las técnicas de probación o verificación dependen fundamentalmente de: a) los modos de la investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural (vgr. modo historicojurídico, antropojurídico, psicojurídico, sociojurídico, ideologojurídico, axiologojurídico, economicojurídico, jurisprudencial, normativo, etc.); b) de los enfoques y diseños de la investigación (cualitativa, cuantitativa o mixta).

En una investigación axiologojurídica, las técnicas de probación pueden ser la verificación experimental de la hipótesis axiológica (enfoque cuantitativo o cualitativo), la probabilidad estadística, (enfoque cuantitativo), las mostraciones explicativas de casos tipo (enfoque cualitativo), la causalidad histórica de la correlación causa-efecto entre sistemas de valores y sistema de derechos, etc.

Siguiendo el caso propuesto al inicio, a modo de ejemplos sirvan las siguientes hipótesis explicativas axiológicojurídicas formuladas para probar o verificar que:

Ejemplos de hipótesis axiológicojurídicas a demostrar o verificar

- a) El estadio de desarrollo moral despótico y convencional del gobierno de Lenin Moreno fue una de las causas determinantes del levantamiento popular en octubre de 2019. (según la propuesta iusmaterialista)
- b) El derecho ecuatoriano a la insurgencia popular en octubre de 2019 fue expresión de un estadio posconvencional de desarrollo moral (según la propuesta de J. Piaget, L. Kohlberg y C. Gilligan)
- c) El ejercicio del derecho a la resistencia del pueblo ecuatoriano en octubre de 2019 fue motivado por la subversión gubernamental del sistema de biovalores por el de disvalores del tipo de sociedad capitalista.

Técnicas de probación o verificación de las hipótesis, entre otras:

- La experimentación de la hipótesis axiológicojurídica
- La probabilidad estadística
- La mostración explicativa de casos tipo

La correlación causal causa-efecto entre sistemas de valores y sistema de derechos.

4. Conclusión

La investigación jurídica lleva mucho tiempo esclerotizada y agonizando. En general, es monodisciplinar, legicéntrica, solitaria, etnocéntrica, antropocéntrica, formalizada analíticamente y secuestrada por la glosa jurisprudencial y la exégesis del texto normativo. Una de las causas es el paradigma en el que se respira, aprende y enseña el Derecho: el positivismo jurídico, en todas sus variantes más o menos radicales. Desde que comenzó su expansión hegemónica en el siglo XIX, ha conseguido imponer algunos de sus dogmas: el escepticismo epistemológico y ético, el relativismo y subjetivismo moral, la apropiación de la moral al Derecho, así como la reducción de la justicia

a un ideal irracional o validez de los ordenamientos. Urge una revolución jurídica copernicana, que supere: a) el iusnaturalismo, que sigue creyendo que existen derechos naturales, confundiendo las necesidades/capacidades (que sí vienen con la naturaleza) con los derechos humanos; b) el iuspositivismo, que sigue creyendo que la voluntad, del soberano despótico o del pueblo ilustrado burgués, es el origen, contenido y legitimidad última del Derecho. La propuesta del iusmaterialismo se aventura fecunda por aprehender el derecho como una praxis, como una acción específica, parte de la praxis moral. Un hecho que es susceptible entonces de investigación jurídica con un método propio interdisciplinar e intercultural en la riqueza de sus diferentes modos. Uno de ellos, el modo axiológicojurídico, presentado aquí, puede aventurar maravillas para nuestro mundo de Alicia.

5. Bibliografía

- Courtis, C. y Atienza, M. (2006), *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid.
- Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale* (2004), Presses Univ. de France, Paris.
- García Villegas, M. y Cevallos Bedoya, M. A., (2019), *La profesión jurídica en Colombia. Faltas de reglas y exceso de mercado*, Dejusticia, Bogotá.
- Gilligan, C., (1993), *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press.
- Hernández Sampieri, R. y Otros, (2016), *Metodología de La Investigación*, Mc. GRAW-Hill-Educación, México.
- Kohlberg, L., (1982), 'Estadios Morales y Moralización. El Enfoque Cognitivo-Evolutivo', *Infancia y Aprendizaje*, 5.18, 33-51.
- Padilla, R. y Fabara Espín, J., «La carrera de Derecho en Ecuador: Análisis de los planes de estudio en el 2018». *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho* 5, n.º 2 (2018): 9-30.
- Piaget, J., (1975), *El Criterio Moral Del Niño*, Editorial Morata, Madrid.
- Rosillo Martínez, A. y Luévano Bustamante, G., (2018), *En torno a la crítica del derecho*, UASLP, México.

- Salamanca, A., 'Iusmaterialismo. Teoría Del Derecho de Los Pueblos', *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 29, 2014 <http://www.ojs.unam.mx/index.php/rcj/article/view/35396>
- , (2016) El fetiche jurídico del capital: hegemonía global mediante los estudios de derecho, *Cuadernos subversivos*, 10, Primera edición (Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales, 2016); ID., El fetiche jurídico del capital: Expansión imperialista de su hegemonía sistémica a través de los estudios de derecho', *Problemata: Revista Internacional de Filosofía*, 8. Extra 1 (2017), 324–402
- , 'La Investigación Jurídica Intercultural e Interdisciplinar. Metodología, Epistemología, Gnoseología y Ontología', *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, 14 (2015), 59–92.
- , (2011), Teoría socialista del derecho, Editorial Jurídica del Ecuador, Quito.
- Sánchez Zorrilla, M., «La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho»: *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n.º 14 (2011): 317-58.
- Yáñez-Canal, J., Fonseca Lamprea, M. A. y Perdomo Salazar, A. M. 'Lawrence Kohlberg, una obra en permanente construcción': *Folios*, n.º 35 (2012): 67-86.

Capítulo 15

Modo económico jurídico

Ricardo Alejandro Leal Aradillas
Alejandro Rosillo Martínez

1. Introducción

El modo económico-jurídico de investigación en derecho puede tener diversas perspectivas de abordaje, pero todas se basan en una idea común: la manera en que el derecho pretende regular ese campo práctico de la sociedad humana que se le conoce como economía. En efecto, no se trata de un “análisis económico del derecho”, que consiste “en la aplicación de las técnicas de análisis económico al estudio de los fenómenos e instituciones jurídicas” (Ortiz, 2006, p. 323). Es decir, exportar técnicas de la economía del derecho, con el fin de predecir, por ejemplo, cómo responderán los sujetos a los incentivos que ofrece una norma jurídica, o cómo es más eficiente lograr los objetivos que se propone el derecho.

Desde la perspectiva de esta obra, el modo económico jurídico no significa utilizar las técnicas de la economía en el derecho, sino comprender cómo el derecho interactúa en el campo económico. En este sentido, el investigador jurídico debe tener en claro qué entender por economía, y considerar cuáles son las decisiones que el Estado y el derecho tienen al respecto. Para esto, es necesario ubicarse en la actual configuración de los Estados modernos, que pretenden tener sociedad civil, mercado y derecho. ¿Qué significa para el investigador jurídico la interacción entre estos tres factores?

El investigador jurídico debe, en primer lugar, determinar cuál es el modelo que el Estado ha decidido con respecto a la interacción entre sociedad civil, mercado y derecho. Esto porque, a partir de este modelo, será cómo se puede analizar el origen de cierto ordenamiento jurídico, cómo ha circulado entre los sujetos de derecho, y cuáles son sus finalidades y objetivos.

En este capítulo se presentarán tres modelos en que el Estado entiende su acción, con el uso del derecho, en el campo económico. Para esto, se seguirá el siguiente itinerario: en primer lugar, se determinará qué se entiende por economía, en función de entender a la sociedad como un problema de coordinación para la satisfacción de las necesidades materiales de sus miembros; en segundo punto, se analiza cuál es la función de un derecho que se pretende garante de la libertad y la igualdad de los individuos en una sociedad, y esto en relación con lo que se entiende por economía; a continuación, se presentarán elementos de la crítica que Marx realiza al capitalismo en la sociedad moderna, para mostrar las contradicciones que se generan y que influyen en la interacción entre el derecho y el mercado; por último, se muestran las limitantes de la autonomía del mercado, y se presentan algunas discusiones de las diversas maneras en que se ha entendido la función del derecho en este ámbito.

Es importante señalar al lector que este capítulo tiene por objetivo poner las bases para comprender el sentido básico del modo económico-jurídico. No obstante, al asumir que el investigador no es economista, sino jurista, es necesario que, con base en la comprensión básica de la interacción entre sociedad civil, economía y derecho, se utilicen los otros modos de investigación presentados en esta obra, para diseñar un proyecto de investigación que tome en cuenta el modelo de relación derecho-mercado bajo el cual se ha creado, ha circulado y se ha aplicado el ordenamiento jurídico. Pues, por ejemplo, como se verá en la conclusión, las pretensiones del derecho y su interacción con el mercado, tienen mucho de ideológico, para lo cual es necesario aplicar el modo ideológico-jurídico.

2. La sociedad como problema de coordinación

Quizás el lugar donde la relación entre economía y derecho encuentra su expresión más clara sea en el problema de la articulación entre mercado y Estado. Si bien el derecho lo encontramos en cada término de la distinción

mercado/estado lo que nos interesa aquí es el derecho como interpretación de la distinción misma, como interpretación de la manera en que se entiende la articulación entre mercado y Estado, y que en gran medida rige las diferencias entre esta o aquella sociedad.

Vale la pena dejar claro y hacer explícito desde ahora que esa oposición entre mercado y Estado sucede en la medida en que uno y otro son solución a los problemas de coordinación que constituyen una sociedad. Ahí donde hay sociedad hay problemas de coordinación y se vuelve cuestión la articulación mercado/Estado. Detengámonos aquí un momento.

De entrada, podemos describir el fenómeno sociedad como un conjunto de individuos que no se bastan a sí mismos. Este ‘no bastarse a sí mismo’ es una manera de decir que hay necesidades que son satisfechas por el conjunto de los individuos, pero no por cada individuo. Es decir, hay un límite material y constitutivo a lo que cada uno puede hacer, ya que uno no puede ser a la vez y sin algún límite, carpintero, lechero, panadero, zapatero, sastre, albañil... etc. Incluso cuando Robinson Crusoe recrea ‘la civilización’ en su isla, hace uso de cosas que rescata del barco, y el uso que les da y el conocimiento del que se vale para sobrevivir solo, no proviene todo de él sino de la sociedad a la que pertenece. Esta situación se expresa en el fenómeno de la división del trabajo y el intercambio que de ahí resulta (Ellacuría, 1999, p.154; Smith, 2003, p.27). Sin embargo, del hecho de que *tenga que haber* intercambio no se sigue *cómo deba ser* ese intercambio. Esta indeterminación no se debe sólo a la variación de los contextos y circunstancias del intercambio (escasez, clima, distribución del conocimiento, etc.), sino que es inherente al intercambio mismo, pues no es obvio, por ejemplo, cuántos clavos vale una vaca, ni cuántas vacas vale una casa y tampoco se puede decir que haya, desde el inicio, certidumbre sobre la calidad y fecha de entrega de la casa o la salud de las vacas, ni queda tampoco claro en ningún lado, quién o qué pueda zanjar dichas cuestiones. Se abre a partir de aquí toda una manera de pensar las instituciones de la sociedad, y todo lo que en ella hay de espeso, osificado y permanente, como aquello que hace más probable la cooperación/coordinación y disminuye la incertidumbre: Los relojes, las unidades de peso y medida, los semáforos, las intermitentes, los contratos, el lenguaje, el dinero, la religión, los gestos, los precios, la educación, las costumbres, la confianza, el poder, la ciencia, la violencia (Luhmann, 2009, p. 113 y ss.).

Plantear la sociedad como un problema de coordinación/cooperación que es improbable pero irrenunciable, es lo que los sociólogos llaman el problema hobbesiano del orden (Parsons, 1961, p.36):

Debido a que algo de lo que todo mundo hace es potencialmente un medio (o un obstáculo) para la consecución de las metas de todos los demás, es de vital importancia para la concepción de orden social, que tenga que haber mecanismos a través de los cuales los términos en los cuales *ego* hará o no disponibles sus 'servicios' a *alter* sean determinados de tal manera que sean compatibles con las condiciones de estabilidad del sistema. (Parsons, 1961, p.71, la traducción es nuestra)

La pregunta por la posibilidad de que cada quien pueda perseguir la satisfacción de sus fines particulares en condiciones de libertad e igualdad, plantea el problema de la compatibilidad de los fines de todo el conjunto; lo que se busca son las condiciones que eviten que el actuar de uno(s) impida el actuar de otros. De entrada, no hay certidumbre ni garantía de que cada quien pueda alcanzar sus fines, y es esa incertidumbre la que provoca la lucha por producir, controlar y garantizar las condiciones que hagan más probable que yo o mi grupo sí lo logre, siempre asumiendo que los otros harán también lo mismo. Como se verá más adelante, la cuestión es, por un lado, la legitimidad, pues en la medida en que se atribuye libertad e igualdad a todos, nadie puede adjudicarse el derecho a imponer las reglas; por otro lado, el juego mismo tiene como condición que haya de haber reglas del juego, pues ahí donde no las hay no puede tampoco haber una sociedad lo suficientemente compleja como para satisfacer las necesidades colectivas.

Una sociedad tal supone que las unidades que la constituyen tengan una capacidad significativa de planeación, de manejo del riesgo. Consideremos la figura del contrato, en particular el caso en el que no lo hay, lo que tendríamos es que las transacciones se volverían improbables y costosas, no se podría contar con que los plazos de entrega se cumplan, las transacciones tenderían a trasladarse al presente (puesto que el futuro es incierto), a no extenderse más allá de donde hay confianza, no habría razón para suponer que los extraños cumplirán los acuerdos, etc. En este sentido, el contrato es una institución social que hace más probable la coordinación entre individuos, reduce la incertidumbre y el riesgo, extiende nuestras expectativas y

capacidad de planificación; permite que podamos emprender como sociedad tareas más complejas. Autores como Foucault, por ejemplo, resaltan aquí una identificación o mejor, un *continuum* de racionalidad entre el sujeto de interés y el sujeto de derecho, en donde el fenómeno jurídico y el económico son los dos lados de la misma moneda. Tenemos que si el sujeto de la sociedad moderna, definido por la racionalidad de medios y fines, decide plegarse a contratos y leyes, “[...] no es porque hay contrato sino porque hay interés en que lo haya. [...] Y si ya no presenta ningún interés, nada puede obligarme a continuar obedeciendo el contrato. Por lo tanto, interés y voluntad jurídica no se relevan. El sujeto de derecho no ocupa el lugar del sujeto de interés. Este último permanece, subsiste y prosigue mientras hay estructura jurídica, mientras hay contrato. Mientras existe la ley, el sujeto de interés sigue existiendo.” (Foucault, 2007a, p. 315).

Hay contrato en la medida en que este hace posible la persecución del interés individual, y la manera en que lo hace posible es dando certidumbre, permitiendo calcular, saber con qué se cuenta. Certidumbre sin la cual no es posible la planeación y coordinación suficiente para producir los bienes necesarios para la continuación y desarrollo de una sociedad en donde los recursos y conocimientos necesarios para producir esos bienes no pueden ya estar reunidos en individuos particulares.

3. El Estado, el derecho y el punto de vista del bien común

Tenemos entonces que la sociedad moderna se presenta como un conjunto de individuos con intereses irreductibles entre sí, pero que tienen el interés común en que sea posible que cada quien siga sus intereses en condiciones de libertad e igualdad, en donde ese interés común toma la forma de algo así como el derecho, el Estado. Véase cómo.

Del hecho que una de las premisas sea que todos los individuos son libres e iguales, al menos en teoría, se sigue que el derecho no puede reducirse a puntos de vista particulares, el derecho debe ser desinteresado para ser legítimo, para justo poder conservar esa igualdad/libertad. Esta es la idea de Rousseau del legislador ideal que obtiene su legitimidad del hecho de que no sería regido por las leyes que promulga, por tanto no estaría tentado de beneficiarse con ellas sino que buscaría aquellas condiciones que garantizarán la igualdad/libertad de todos. Es la idea de que quien corta el

pastel debe tomar la última rebanada para garantizar que la repartición sea igual. Se postula algo así como una voluntad general que para serlo debe ser irreductible a voluntades particulares. Para Rousseau será una voluntad general definida frente a las voluntades personales. “Hay así un nudo social, un vínculo social, que empieza a soltarse cuando los intereses personales o, mejor dicho, particulares, se hacen fuertes frente al interés general, de modo que ya la voluntad general no es la voluntad de todos.” (Ellacuría, 1999, p. 257). Como señala Ellacuría a propósito de Rousseau, cuando la objetividad que permite que los individuos particulares sean independientes, deja de ser una objetividad que emana y mantiene dicha independencia deja de haber sociedad civil y patrón de medida objetivo y lo que habrá será una voluntad particular, un interés privado, que se erija como general y objetivo sin serlo. Véase como el hecho de partir de la sociedad como conjunto de individuos libres e iguales genera la necesidad de algo así como el punto de vista del bien común.

Ahora, si se parte de leyes que se aproximan más o menos a las de ese legislador ideal, pues, si bien los legisladores ideales no existen, sí se sabe en qué consistiría que los hubiera. Puesto que lo que hay son individuos con intereses irrenunciables e irreductibles entre sí queda la cuestión de cómo lidiar con quienes se rehúsen a plegarse a la ley, incluso si esa ley fuera ideal, pues siempre hay beneficios para quien por la astucia o la fuerza elude las reglas que los demás siguen, anulando en ese movimiento el interés de los demás en seguirlos. Esta situación, en la medida en que es consecuencia de la estructura que hemos descrito, comporta siempre la necesidad de una fuerza material capaz de hacer cumplir la ley.

Lo que tenemos cuando aceptamos que debe haber una ley que mantenga las condiciones de igualdad/libertad entre individuos, pero al mismo tiempo aceptamos que esos individuos están definidos por intereses irrenunciables e irreductibles entre sí es lo que Hobbes tenía en mente cuando hablaba del estado de guerra de todos contra todos, pues no hay nada que garantice que los más fuertes, o los más astutos se rebelen contra la voluntad general. Digamos que para asegurar que individuos se sometan a esa voluntad general encarnada en la ley es necesario una fuerza material que los obligue, un Leviatán, el Estado.

No se trata solamente, como se dijo más arriba, que la situación de la guerra sea incompatible con una sociedad como la nuestra, sino que además

de eso se tiene en la noción misma de ley que para que sea verdadera ley debe de cumplirse siempre y para todos, y que debe haber una garantía que asegure que incluso los más fuertes y astutos no puedan no cumplirla. Esto es que la definición de la situación demanda que deba haber un poder general con el que ningún poder particular se pueda medir, una fuerza material suficiente para hacer valer la ley siempre y para todos. Se hace necesario algo así como un Estado, una fuerza que garantice materialmente la posibilidad del punto de vista del bien común. Lo que aquí interesa resaltar de estas construcciones de la Ilustración es la estructura que resulta de partir de las premisas de igualdad y libertad entre los individuos de una sociedad, y el hecho de que la búsqueda por la permanencia en el tiempo de esas premisas y condiciones implica algo así como el punto de vista del bien común. Ya sea bajo la semántica de los intereses, de la voluntad, o de la fuerza. Lo que caracteriza la perspectiva del bien común es el hecho de que sea irreductible a puntos de vista particulares a la vez que es la condición de posibilidad de que los haya y siga habiendo.

4. Marx, ilustrado consecuente

De los pensadores de la Ilustración quizás el más consecuente sea Marx, con esto se refiere a que en él se encuentra a quien ha llevado el análisis de las implicaciones de partir de una sociedad de individuos libres e iguales hasta sus últimas consecuencias. Lo que Marx encuentra al final de la cadena de implicaciones es que las condiciones materiales de producción y reproducción de la sociedad (en adelante diremos simplemente, la economía) entran en contradicción con las condiciones de igualdad y libertad entre individuos que definen la sociedad moderna. La cuestión será la naturaleza de esa contradicción y el espacio de sus soluciones posibles.

Recuérdese que el punto de partida no es una sociedad estratificada en donde hay una jerarquía que determina qué debe hacer cada quien, sino una en donde al menos *de iure* hay una presunción de igualdad y libertad. Para Marx las sociedades anteriores a la moderna tienen una jerarquía codificada en la que los individuos no aparecen como tales sino como partes subordinadas a un todo en donde son ellos los medios para satisfacer los fines de estratos sociales superiores, mientras que en la sociedad moderna lo que hay son individuos sin una relación *a priori* que los vincule o defina

y que encuentran en la sociedad el conjunto de los medios para satisfacer sus fines privados.

Cuanto más nos remontamos hacia atrás en la historia, tanto más se manifiesta el individuo y también, por tanto, el individuo productor como carente de independencia, como parte de un todo superior, [...] Hay que llegar al siglo XVIII, a la “sociedad civil”, para que las distintas formas de trabazón social se enfrenten al individuo como simples medios para sus fines privados (entendidos) como una necesidad externa. Pero la época que engendra este punto de vista, el del individuo aislado, es precisamente la época de las relaciones sociales más desarrolladas [...] (Marx, 1985, p.1-2)

Marx no sólo parte de las mismas premisas que se encuentran en la Ilustración temprana, sino que considera que sólo cuando esas premisas tienen la consistencia de la obviedad que se hace posible descifrar la respuesta a la pregunta por el valor que subyace a la equiparación e intercambio de x cabras por y casas: El tiempo de trabajo socialmente necesario para la producción. Respuesta que es para Marx la definición que rige la ley de movimiento de la sociedad moderna.

Aristóteles no podía *descifrar* por sí mismo, analizando la forma del valor, el hecho de que en la forma de los valores de las mercancías todos los trabajos se expresan como *trabajo humano* igual, y por tanto como *equivalentes*, porque la sociedad *griega* estaba basada en el *trabajo de los esclavos* y tenía, por tanto, como *base natural la desigualdad entre los hombres y su fuerza de trabajo*. **El secreto de la expresión de valor, la igualdad y equiparación de todos los trabajos, en cuanto son y por el hecho de ser todos ellos trabajo humano en general, sólo podía ser descubierto a partir del momento en que la idea de la igualdad humana poseyese ya la firmeza de un prejuicio popular.** Y para esto era necesario llegar a una sociedad como la actual, en que la *forma-mercancía* es la forma general que revisten los productos del trabajo, en que, por tanto, la relación social preponderante es la relación de unos hombres con otros como *poseedores de mercancías*. (Marx, 2012, p.26, cursivas en el original, negrillas nuestras).

Esa estructura de la sociedad que queda definida por las implicaciones de que haya un conjunto de individuos que persiguen intereses irreductibles entre sí en condiciones de libertad e igualdad será en general la misma para Marx salvo por dos cosas:

- La semántica ya no es, al menos de inicio, la del derecho y el Estado, sino la del intercambio y las mercancías.
- Aquello que en su momento llamamos la perspectiva del bien común y que requería para su realización la constitución de una voluntad general y de un Leviatán, en Marx toma la forma del valor como una objetividad que es requerida por el hecho de que hay intercambio y que rige la consistencia y posibilidad de ese intercambio.

La situación de partida es entonces una sociedad como conjunto de vendedores/compradores de mercancías independientes entre sí, que venden y compran en condiciones, al menos *de iure*, de libertad e igualdad buscando siempre un beneficio.

“Lo que ante todo interesa prácticamente a los que cambian unos productos por otros, es saber cuántos productos ajenos obtendrán por el suyo propio, [...]” (Marx, 2012, p. 38); la determinación de dicha cantidad no puede ser para la sociedad civil producto de ninguna autoridad o estructura jerárquica ya que de entrada lo que hay es un conjunto de individuos independientes entre sí, pero tampoco puede suceder que la construcción de dicha cantidad sea motivo de querrela en cada transacción y que sea arbitraria para cada caso, sino que debe presentarse con la neutralidad suficiente para que cada individuo la acepte de manera independiente y no como imposición de algún otro individuo. Es decir, que la construcción de la cantidad, del valor de cambio debe tener objetividad y que dicha objetividad no puede provenir de ninguna jerarquía ni de ningún individuo particular, sino del proceso del intercambio mismo. Al haber sólo individuos independientes entre sí que intercambian cosas, el valor de cambio debe poder determinarse a partir de dicho intercambio, sin recurso a nada que no sea el mismo conjunto de individuos y sus intercambios.

El valor de cambio se presenta como la cantidad en que se cambian unas cosas por otras y, como se dijo, que dicha cantidad debe determinarse objetivamente, es decir, que debe salir del intercambio mismo, esto es, que

es algo que queda supuesto en todo intercambio y que, por tanto, es común a todas las cosas intercambiadas. En efecto, Marx señala que dadas dos mercancías “[...] [cualquiera] que sea la proporción en que se cambien habrá siempre representarla por una igualdad [tanto de x es igual a tanto de y] ¿qué nos dice esta igualdad? Que en los dos objetos distintos se contiene un algo común de magnitud igual. Ambas cosas son, por tanto, iguales a una tercera, que no es de suyo ni la una ni la otra. Cada una de ellas debe, por consiguiente, en cuanto valor de cambio poder reducirse a este tercer término.” (Marx, 2012, p. 5). Es justo este tercer término al que Aristóteles no le puede reconocer un estatuto propio, lo que se le escapa y dice que existe por mera convención para salir al paso en la vida práctica. Para Marx, este tercer término común a los elementos a comparar resulta del hecho de que cualquier producto es producto de trabajo humano con el añadido de que compararlos implica tomarlos como trabajo abstracto, es decir no como tal o cual trabajo para tal o cual cosa sino como mero trabajo. Cuando lo que se compara no es tal o cual trabajo sino trabajos sin más, la diferencia entre uno y otro no podrá ser cualitativa sino cuantitativa siendo dicha diferencia el tiempo de trabajo que toma la producción de tal o cual producto. (Marx, 2012, p. 148).

Sin embargo, lo que aquí tenemos es sólo aquello que todas las cosas tienen en común, el lado por el cual se las compara en cada caso, pero no nos dice como se constituye la objetividad en base a la cual se determina el valor de cambio de cada cosa. Marx señala que el que dos mercancías “[...] sean susceptibles de cambiarse en una *determinada proporción cuantitativa*, puede ser un hecho puramente casual.” (Marx, 2012, p. 29) pero, como se señaló, lo que no puede ser es ser casual y arbitrario sino objetivo. El camino a tal objetividad lo encuentra Marx en el hecho de que una mercancía A puede compararse con otras mercancías en donde cada comparación será un expresión del valor de la mercancía A, lo que conlleva que la comparación de A con B ya no será tan casual porque se podrá comparar su consistencia con las distintas expresiones del valor de A, (A con C,D,E...), de donde resulta que “El número de posibles expresiones de valor de una mercancía no tropieza con más limitación que la del número de [...] mercancías distintas de ella [...]. Su expresión simple de valor se convierte, por tanto, en una serie constantemente ampliable de expresiones simples de valor.” (Marx, 2012, p. 28).

Notar que la ‘casualidad’ disminuye cuando el número de comparaciones aumenta, entre más expresiones del valor de A haya, más objetivamente quedará determinado dicho valor, con el añadido de que también quedará determinado de igual manera el valor de B,C,D,E... ya que serán todos comparables relacionándolos con el valor de A: “[...] las mercancías acusan ahora sus valores de un modo *simple*, ya que lo expresan *en una sola mercancía*, y en segundo lugar, lo acusan de un modo *único*, pues lo acusan todas en la *misma* mercancía. Su forma de valor es simple y común a todas; es, por tanto, *general*.” (Marx, 2012, p. 31).

Esta mercancía única cumple entonces la función de equivalente general de las demás. Este equivalente general puede ser cumplido en principio por cualquier mercancía, basta que sea única. “El equivalente general no participa de la forma relativa del valor de las demás mercancías, sino que su valor se expresa de un modo *relativo en la serie infinita de todas las demás mercancías materiales*.” (Marx, 2012, p. 35). Esta mercancía que se destaca ya no es una entre otras y su valor no será otra cosa que “la serie infinita de todas las mercancías”, basta que se destaque una y sólo una y que su valor quede definido en base a su equivalencia con cualquier otra mercancía de un conjunto ilimitado de mercancías. Marx resume el camino así:

La relativa simple o aislada del valor de una mercancía convierte a otra mercancía en equivalente individual suyo. La forma desarrollada del valor relativo, expresión del valor de una mercancía en todas las demás, imprime a éstas la forma de diversos equivalentes concretos. Por último, una forma especial de mercancías reviste forma de equivalente general cuando todas las demás la convierten en material de su forma única y general de valor. (Marx, 2012, p. 33).

A esta mercancía destacada se le llama dinero, y la función del dinero puede ser cumplida por papel o por oro o por lo que sea. Más allá de la estabilidad química del oro y la plata que permite su durabilidad y justifica su uso como dinero en tal o cual época, lo que ahora se toma como dinero (la mercancía que se escoge para cumplir tal función), es lo que sea que el Estado acepte como pago de impuesto, siguiendo a Tcherneva, tenemos que el Estado emite cualquier cantidad de dinero con el cual contrata tal o cual servicio (un ejército) y luego demanda el pago de impuestos aceptando como pago

sólo el dinero que él imprimió, lo cual implica que cada individuo deberá entonces conseguir de ese dinero y no de otro para cumplir con dicho pago, lo que lo vuelve escaso, valioso y aceptable como pago entre individuos. De ahí que el dinero provenga del Estado y que siempre quede determinado qué mercancía será la que cumpla la función de dinero que se definió arriba, dicha mercancía-dinero será lo que sea que el Estado acepte como pago de impuestos (Tcherneva, 2001, pp.109-114). Lo que se tiene es la definición de dinero como mercancía-dinero cuyo valor, objetividad y función consiste en su equivalencia con una infinidad de mercancías, y la manera en que se señala o escoge dicha mercancía como “lo que sea que el Estado acepte como pago”.

Cuando se intercambian cosas, el valor de cambio de dichas cosas queda determinado objetivamente por la totalidad de cosas que pueden ser cambiadas y que dicho valor así garantizado se *expresa* en la equivalencia del dinero con cualquier otra cosa. Así el valor ya no es casual ni se determina en el cambio, sino que el cambio queda determinado por el valor de las cosas a cambiar, valor que se determina en vistas a la totalidad de las mercancías, las cuales pueden ser cambiadas por cualquier otra mercancía, lo que permite *expresar* su valor en el dinero. De ahí que, como se señaló, la objetividad del valor no viene de fuera de la sociedad civil, sino que resulta de la intercambiabilidad ilimitada de un conjunto ilimitado de mercancías. Para que haya equivalencia tiene que ser posible que cualquier cosa se pueda cambiar por cualquier otra cosa, de donde resulta que la mercancía-dinero pueda precisamente ser la expresión de dicha situación y tomar el papel de lo cambiable por cualquier otra cosa.

Lo que tenemos aquí es la objetividad del valor de cambio, la situación que garantiza su no-arbitrariedad, su consistencia dentro de la totalidad ilimitada de intercambios y para la totalidad ilimitada de intercambios. Cabe aquí distinguir entre valor y precio, siendo este último una magnitud que oscila en torno al valor de acuerdo al juego de la oferta y la demanda, por ejemplo, en donde lo que dicho juego explica son las variaciones, pero más allá de eso no nos dice nada del valor. (Cfr. Marx, 2012, p. 450).

Sin embargo, como se señaló, cambiar cosas supone algo común con base en lo cual se comparan, y que eso común sólo podía ser el tiempo de trabajo que toma producirlas. “Si los objetos útiles adoptan la forma de mercancías es, pura y simplemente, porque son *productos de trabajos privados*

independientes los unos de los otros.” (Marx, 2012, p. 38). En efecto, la objetividad consiste en la totalidad ilimitada de intercambios expresada en el dinero. Pero si lo que se compara es el tiempo de trabajo, ¿cómo es que dicha comparación de tiempo llega a la objetividad requerida?

Si en el fondo el intercambio es una comparación del tiempo de trabajo, ese tiempo de trabajo debe quedar igualmente determinado por su comparabilidad con la totalidad del tiempo que toma producir todas las cosas. Es decir, el argumento del que resulta que la totalidad de las mercancías es la garantía de objetividad del valor, debe de poder repetirse en términos de tiempo de trabajo, ya que la mercancía no es sino producto de trabajo, y su valor no es otra cosa que el sistema de equivalencias entre todas las mercancías, entre todos los trabajos. En este sentido, al comparar los tiempos de producción individuales se obtiene el tiempo promedio de producción, lo que constituye el tiempo socialmente necesario para producir tal o cual cosa “[...] el valor real de una mercancía no lo indica su valor *individual*, sino su valor *social*; es decir, no se mide por el tiempo de trabajo efectivo que exige del productor en cada caso concreto, sino por **el tiempo de trabajo socialmente necesario para su producción.**” (Marx, 2012, p. 254, negritas nuestras).

Dicho tiempo socialmente necesario queda determinado por factores como los avances técnicos, las formas de organización, la destreza de los trabajadores, la jornada laboral, etc., de tal manera que si una mercancía es producida en un tiempo menor al tiempo socialmente necesario, su productor tendrá una tasa de ganancia mayor, ya que el valor al que venderá dicha mercancía queda determinado por el tiempo socialmente necesario, de igual manera si un grupo de individuos produce, por ejemplo, un auto, pero lo produce en un tiempo mayor que el tiempo que la sociedad necesita para producir autos (el promedio), entonces esa actividad generará pérdidas pues la sociedad ya encontró una manera producir más autos en menor tiempo.

Queda, por tanto, determinado el valor de la mercancía, la proporción en que se cambian las cosas, de igual manera si se le considera como tiempo, ya que dicho tiempo será siempre la totalidad del tiempo de producción necesario para que la sociedad produzca esto o aquello. Así lo que se compara es el tiempo de trabajo socialmente necesario y la forma que toma es la de valor de cambio estando ambos siempre determinados por la totalidad del proceso

de producción e intercambio. Ni la mercancía, ni el trabajo pueden ser lo que son en la sociedad civil sin referencia a la totalidad de la sociedad civil:

De una parte, considerados como trabajos útiles concretos, tiene necesariamente que satisfacer una determinada necesidad social y encajar, por tanto, dentro del trabajo colectivo de la sociedad, dentro del sistema elemental de la división del trabajo. Mas por otra parte, sólo serán aptos para satisfacer las múltiples necesidades de sus propios productores en la medida en que cada uno de esos trabajos privados y útiles concretos sea susceptible de ser cambiado por cualquier otro trabajo privado útil, o lo que es lo mismo, en la medida en que represente un equivalente suyo. (Marx, 2012, p. 39, negritas nuestras)

Los análisis de Marx muestran que la determinación objetiva del valor sólo puede darse en una sociedad que cumple ciertas condiciones. Dichas condiciones consisten en la independencia, en principio, de todos los individuos, y que dichos individuos se presenten como poseedores de mercancías en donde no hay un límite al intercambio entre mercancías, es decir, que cualquier mercancía es en principio cambiante por cualquier otra.

Lo cual a su vez supone que las mercancías son “productos de trabajos privados independientes los unos de los otros”, trabajos que a su vez “sea[n] susceptible[s] de ser cambiado[s] por cualquier otro trabajo privado útil”. Que es lo mismo que decir que no hay un límite a la intercambiabilidad de mercancías producto de trabajos privados independientes entre sí susceptibles de ser cambiados por otros trabajos privados, esto es, otras mercancías. Esto lleva al hecho de que el mismo trabajo puede ser vendido como mercancía, pero sin ser mercancía ya que “[p]ara poder venderse en el mercado como mercancía, es evidente que el trabajo tendría que existir antes de ser vendido. Ahora bien, si el obrero pudiese dar a su trabajo una existencia independiente, vendería mercancía, y no trabajo.” (Marx, 2012, p. 448). Es decir, que el hecho de que en principio los individuos sean poseedores de mercancías y las mercancías trabajo implica la posibilidad de que el mismo trabajo pueda ser vendido. Lo que lleva a Marx a la cuestión del análisis de las condiciones en que el trabajo es vendido y las implicaciones que unas u otras condiciones tienen para la realización de las premisas de igualdad/libertad de la sociedad moderna como quedan entendidas en el discurso de la Ilustración.

Dicho análisis consiste en la determinación de las condiciones de compra-venta de trabajo que se deben de cumplir para que quien lo vende, el obrero, pueda seguir siendo un individuo de la sociedad independiente de los otros, lo que implica siempre el aseguramiento de cierto nivel de vida. Esto es, que siga habiendo ‘sociedad civil’ con individuos libres e iguales en donde el hecho de vender el trabajo no anule la libertad e igualdad de quien lo vende.

Tenemos entonces que la determinación del valor sólo se da en la “sociedad civil” si se cumple la independencia entre individuos, en donde éstos se encuentran como propietarios de mercancías, en donde el valor de cambio queda determinado por intercambiabilidad de cualquier cosa por cualquier otra incluyendo la propia fuerza de trabajo de la cual cada quien puede disponer libremente. Y que si dichas condiciones no se cumplen deja de haber sociedad civil, lo que comporta que dichas condiciones puedan y hayan de ser garantizadas. Por un lado, tenemos que la sociedad civil consiste en un conjunto de propietarios independientes, lo cual implica “[...] que tiene que estar siempre unívocamente determinado quien ‘tiene’ cada cosa, i.e. quien está legitimado para venderla [...] y esa determinación tiene que producirse según reglas que sean las mismas para todos.” (Marzoa, 1999, p. 95). Que sean las mismas para todos es lo mismo que decir que no hay ya diferencia entre un individuo y otro pues lo que vale para uno valdrá para otro, esto es, que por más diferentes que sean los individuos, en sus fines, medios y disposiciones, siempre lo que uno esté legitimado para hacer será lo mismo que lo que otro cualquiera pueda hacer en el mismo caso.

Por otro lado, el que haya reglas, leyes, supone también que estas se deben de cumplir siempre y para todos, lo cual comporta la exigencia de que se garantice su cumplimiento. Que se pueda garantizar el cumplimiento de reglas implica que se puede obligar a alguien a cumplirlas, aunque no quiera, pues si las leyes se cumplen sólo cuando alguien quiere cumplirlas entonces no valen siempre, ni para todos y por tanto no son ley. Esto implica que garantizar su cumplimiento significa que en principio se puede obligar a cualquiera, “[...] garantía que sólo puede dar un poder manifestamente capaz de imponerse no sólo sobre mí, sino también sobre cualquier otro, por lo tanto, un poder con el que nadie pueda medirse.” (Marzoa, 2008, p. 45). Un poder con el que ningún poder particular se pueda medir es el Estado, el Leviatán.

Por lo tanto, la sociedad civil como conjunto de individuos independientes entre sí comporta como garantía de tal independencia la constitución de: 1) un valor de cambio expresado en la objetividad de un equivalente general-dinero que expresa su valor “en la serie infinita de las demás mercancías”; 2) un sistema de leyes que consiste en que lo que sea válido para uno también lo sea para otro; y 3) un poder con el que ningún otro poder se pueda medir. Dichas estructuras no sólo surgen del conjunto de individuos independientes, sino que consisten en el mantenimiento de tal independencia.

Lo que dichas estructuras permiten es que cada quien pueda hacer lo que quiera, esto es perseguir sus propios fines, sin suponer una adecuación entre los fines de todos los demás, esto es, que lo único en común es que no hay nada en común, que lo que hay es independencia entre los individuos y que dicha independencia queda garantizada por una objetividad que no emana de individuos particulares sino de la independencia entre la totalidad de individuos, esto es que cuando cada individuo va al mercado puede en cada caso contar con que el valor de cambio no quedará determinado por un individuo particular sino como resultado de la totalidad del intercambio y también, que lo que cada individuo esté legitimado a hacer sea lo mismo que los demás estén legitimados a hacer en la misma situación, y lo cual queda garantizado no por un poder particular sino por un poder con el que ningún poder particular se puede medir. Nótese que en los tres casos hay algo así como una estructura común en donde el criterio está constituido por la infinidad de diferencias a que se aplica (Marzoa, 2008; Marzoa, 1983). El valor de cambio de la mercancía-dinero es valor de cambio porque equivale a una infinidad de mercancías diferentes. La ley es ley porque se aplica de la misma manera a una infinidad de casos diferentes. El poder del Estado es poder de Estado porque se impone a la infinidad de poderes particulares.

Es en este punto donde Marx muestra cómo la Ilustración se traiciona a sí misma. Una vez establecidas las condiciones de posibilidad de la sociedad civil, sus axiomas, Marx muestra que no son materialmente realizables. Así como un triángulo obtusángulo no es construible, la ley de movimiento de la economía que Marx describe tiene por consecuencia una contradicción con los ideales de la Ilustración que definían las condiciones de su posibilidad.

¿Dónde encuentra Marx esta contradicción? Se dijo que el valor (no el precio) de una mercancía está determinado por la cantidad de tiempo de

trabajo socialmente necesario para su producción. Esto es el tiempo promedio que le toma a una sociedad producir esto o aquello dado cierto nivel de desarrollo productivo: nivel tecnológico/científico, técnicas de organización, acceso al crédito, nivel de ahorros, tasa de interés, tasa de desempleo, tasa de sindicalización, derechos laborales, proporción de representación ‘democrática’ de los intereses de capital y trabajo, etcétera. Queda claro que una empresa A que produce el equivalente a 10 autos en un día genera más valor que una empresa B que produce lo equivalente a 8 autos en el mismo tiempo, ahora si el promedio de producción en esa industria es de 9 autos la tasa de ganancia será mayor para A que para B por lo que a largo plazo B desaparecerá y A aumentará su participación en el mercado, etc. Asumiendo que hay un límite para el tiempo que puede trabajar una persona, sea este límite legal o fisiológico, el otro recurso que le queda a una empresa para aumentar su productividad, esto es, disminuir el tiempo necesario para producir esto o aquello, es mediante la inversión en tecnología.

Recuérdese que entre menor sea el tiempo que una empresa necesita para producir algo respecto del tiempo promedio que requiere la sociedad para producir ese mismo algo, mayor será su ganancia pues le costará producirlo menos de lo que será el precio de venta de esa mercancía, el cual oscilará (según la oferta y la demanda) en torno al tiempo promedio que necesita la sociedad para producirlo. Esta situación tiene como implicación una guerra tecnológica entre los capitalistas en donde no tiene otra opción que invertir en tecnologías que permitan a sus trabajadores producir más en menos tiempo. Esta carrera tecnológica es ineludible y define para Marx la lógica del empresario como personaje del capitalismo, pues una vez que una tecnología logra reducir el tiempo de producción, generando así una ganancia mayor, no hay nada que impida que esa misma tecnología sea copiada y adoptada por el resto de los capitalistas, convirtiéndose así en el nuevo estándar de la industria, lo que define un nuevo tiempo de producción promedio e iguala de nuevo la tasa de ganancia por lo que la carrera inicia de nuevo. Esta situación tiene varias consecuencias:

1. Esa carrera no sólo nunca acaba, sino que define la ley de movimiento del capitalismo.
2. El valor/costo/precio de las unidades producidas tiende a disminuir cada vez que una nueva tecnología se adopta como estándar por lo que

para mantener la misma ganancia se necesita un mayor volumen de producción (economía de escala).

3. La cantidad de capital/tecnología necesaria para producir de manera competitiva (un volumen de productos en un tiempo de producción menor al promedio) aumenta de manera proporcional lo que aumenta la concentración y tamaño de las empresas, lo cual implica una tendencia a la desigualdad, ya que la cantidad de capital necesaria para ‘entrar al juego’ es cada vez mayor¹. Ahora, si bien el uso más visible de la tecnología, en la vida cotidiana pero sobre todo en el discurso hegemónico, es su uso privado para generar ganancias ‘privadas’ hay que hacer notar aquí que la gran mayoría del conocimiento científico y técnico del que se sirven las empresas es desarrollado colectivamente y con recursos públicos a lo largo de generaciones; un ejemplo que usa la economista Marina Mazzucato es el del teléfono inteligente en donde todo lo que lo hace inteligente es producto de la inversión pública: “El iPhone, por ejemplo, depende de tecnología financiada públicamente, mientras el internet y SIRI fueron fondeados por la Agencia para proyectos avanzados de investigación para defensa (DARPA) en el de-

-
1. Respecto a esta noción de la desigualdad como aspecto constitutivo de la estructura de la sociedad, el trabajo de Borondo, Rodríguez e Hidalgo es particularmente instructivo. En su argumento cuestionan la ideología de la meritocracia como justificación de la acumulación de la riqueza y la propiedad y se enfocan en la estructura misma del mercado. Tomando al mercado como una red (grafo) de compradores, vendedores y distribuidores, se tiene que, si esa red es grande y compleja, esto es, una red en donde no todo mundo está conectado con todo mundo, entonces no hay manera de que la información que fluye pueda ser comparada de manera directa por los compradores ya que para comparar información entre nodos que no están conectados se necesita de un nodo intermediario. Esto tiene como consecuencia una importancia desmedida de esos nodos en el sistema. César Hidalgo usa el ejemplo de la industria musical en donde es la disquera la que te ofrece una variedad de músicos, pero en donde tú no tienes manera de comparar si la selección de la disquera es la mejor pues materialmente no puedes escuchar a todos los músicos, esto es, no todos están conectados con todos. Esto tiene la consecuencia de que los nodos/disqueras concentran la información/riqueza en la red, pero también que esa red no necesariamente va a recompensar a los músicos más talentosos, esto es, la probabilidad de que el mejor músico sea el más escuchado no estará en función del mérito sino en función de su lugar en la red, y por lo tanto de la estructura de la red. Lo que hay sería una topocracia y no una meritocracia. Cfr. Borondo, J. Borondo, F. Rodríguez-sickert, C. e Hidalgo, César, “Toeachaccordingtoitsdegree: Themeritocracy and topocracyofembeddedmarkets”, en *ScientificReports*, enero 21 de 2014, publicado en línea en <http://www.nature.com/articles/srep03784> (visto: 30 de noviembre de 2016)

partamento estadounidense de defensa; el GPS lo fue por la marina de Estados Unidos, y la pantalla táctil por la CIA. En el sector farmacéutico, investigaciones han mostrado que hasta dos tercios de los fármacos más innovadores [...] pueden rastrear su presupuesto de investigación a fondos del Instituto Nacional de Salud de Estados Unidos.” (Mazzucato, 2018, p. 194). Según esta perspectiva los impuestos que Apple evade no son sólo su contribución proporcional a la sociedad sino el retorno de la inversión pública que hace a Apple posible.

4. Nótese que este mecanismo de competencia y la carrera tecnológica que la define se comporta de manera análoga al mecanismo de la evolución²: variación (diversas empresas probando nuevas tecnologías), selección (las tecnologías que mejor funcionan son seleccionadas), estabilización (esa tecnología ‘gen’ es transmitido al resto de los individuos de la industria ‘especie’ y se vuelve el nuevo estándar a partir del cual el proceso inicia de nuevo). Este aspecto de la tecnología no sólo define en gran parte la ley de movimiento de una economía en competencia perpetua sino que también da cuenta de su infinita capacidad de adaptación pues consiste en un algoritmo que continuamente explora el universo de soluciones posibles a un problema en paralelo (explorando libremente cada individuo/empresa una casilla/solución diferente de ese espacio), en oposición a un sistema centralizado que tendría que explorar ese mismo espacio casilla por casilla. Pensemos en la ventaja evolutiva que tiene una colonia de hormigas que manda mil hormigas a mil rincones al mismo tiempo a encontrar comida a diferencia de una colonia que va en bola rincón por rincón.
5. Como consecuencia de la *necesidad ineludible* de siempre adoptar la tecnología más avanzada hay también siempre una sustitución de la mano de obra por las máquinas, lo cual tiene el efecto de una tendencia al aumento de la masa de personas desempleadas y de la segregación del empleo a sectores en donde no hay tecnologías que puedan sustituir el trabajo humano. Y es esta situación la que desemboca en una contradicción. Que la tecnología sustituya mano de obra generando

2. Recordar que Marx quiso dedicar a Darwin la segunda edición de “El Capital” y consideró hacer una historia de la tecnología inspirada en su lectura de “El origen de las especies.”

una tendencia al desempleo de masas es lo mismo que decir que hay más trabajadores que trabajo. Esta es una situación inédita, pues si antes el problema era la explotación, ahora el problema es que ya no hay quien explote, pero tampoco hay manera de producir al margen de la sociedad pues sin capital y tecnología se está condenado a producir (maíz, por ejemplo) con costos infinitamente por encima que el promedio social, tal es el dilema que tan claramente enuncia el zapatismo: el mercado no te necesita, pero ya no hay un lugar que esté libre de mercado. Por un lado, queda claro que el hecho de que haya más trabajadores que trabajo asegura que los salarios tiendan siempre al mínimo (sea en mínimo legal o vital)³, pues siempre habrá alguien dispuesto a recibir algo en vez de nada por su trabajo y ahí donde no hay otra opción, no hay libertad real, y ahí donde no hay libertad o igualdad no hay tampoco sociedad moderna. Que haya salarios/costos bajos y las ganancias altas es *indispensable* para mantener viable el aparato productivo toda vez que el margen de ganancia por unidad tiende a disminuir: “[...] tanto el libre comercio como el proteccionismo, son, por

-
3. Cabe recordar aquí que cuando Marx realiza sus análisis no hay un reconocimiento pleno del papel del trabajador en la producción, es decir, que no se reconoce el valor de la fuerza de trabajo, no había derechos laborales, el salario se calculaba en base al costo de subsistencia del trabajador, no había límite a la jornada de trabajo y era común que para minimizar tal costo se los hacinaba en cuartos propiedad de la empresa, se minimizaba el costo de comida, seguridad, salud etc. En resumen, cuando Marx escribe, el valor del trabajo era el costo mínimo que se debía asumir para que el trabajador no muriera y no lo necesario para mantener un nivel de vida que asegure la independencia y libertad de los individuos que venden su fuerza de trabajo, con esto no decimos que ahora si o haya, solo decimos que ahora hay un reconocimiento jurídico explícito acerca cual debe ser ese nivel de vida, aunque materialmente tampoco se cumpla. Es por eso que señala que la situación es insostenible y contradictoria con la constitución de la sociedad civil, pues ahí donde el valor del trabajo se reduce al costo mínimo de subsistencia no hay individuos independientes los unos de los otros sino trabajo ‘esclavo’ *de facto* si no *de iure*. Que el problema sigue siendo de cierta manera ‘el mismo’ para nosotros se deja ver en el momento en que sigue siendo inaceptable o por lo menos cuestionable el hecho de que la productividad aumente y los salarios se estancuen. Es decir, sigue siendo pertinente la pregunta por la relación entre la productividad y los salarios. Pues si no se reconoce en el salario el valor del trabajo y se supone de manera tácita que el valor del producto no proviene del trabajo (supuesto que se manifiesta en la precariedad de los salarios incluso cuando la productividad aumenta y aumenta) sigue quedando en pie la cuestión del consumo, pues la totalidad de los salarios es la totalidad del dinero disponible para el consumo y sin consumo no hay sentido en la producción de nada y sigue siendo cierto que el trabajo es la única vía para obtener lo necesario para el consumo para la gran mayoría de la población.

supuesto, igualmente incapaces de deshacerse de los hechos que son meramente resultados necesarios y naturales de la base económica de la sociedad burguesa. Y la existencia de un millón de desamparados en las fábricas de Inglaterra es tan inseparable de la prosperidad británica como lo es la existencia de 18 o 20 millones en oro en la reserva del Banco de Inglaterra [...] (Marx, 2007, p. 163, la traducción es nuestra). Se vuelve indispensable para los trabajadores el poder organizarse en sindicatos pues sólo bajo la amenaza creíble de parar la producción es que pueden negociar y establecer niveles de vida (salarios) más altos a cambio de su trabajo⁴. Sin embargo, las huelgas de los trabajadores no es lo único capaz de parar la producción pues si bien desde el punto de vista de un capitalista en particular tenemos que sus trabajadores son para él un costo de producción tenemos que esos trabajadores son los consumidores de los demás. Esto es, que si se permite la caída indefinida de los salarios caerá también el consumo pues el total de los trabajadores es el total de los consumidores, lo que conlleva a la anulación de la sociedad pues sin consumo no hay empresas, pues el único fin de la empresa es vender mercancías. En efecto, lo que desde el punto de vista de la empresa individual parece un beneficio, es desde el punto de vista del bien común la anulación de la sociedad moderna. Se da una contradicción por los dos lados, los trabajadores por vía de los sindicatos buscan aumentar lo más posible sus salarios, lo cual es siempre una amenaza para los empresarios pues si ellos suben los salarios de sus empleados, pero los demás empresarios no lo hacen corren el peligro de ir a la quiebra a la larga, pero por otro lado si nadie sube los salarios lo que sucede es que disminuye el dinero de los consumidores/trabajadores lo cual detiene toda la maquinaria. Nótese que, si bien los sindicatos parecen contravenir el interés de los empresarios individuales, desde el punto de vista de la totalidad de los empresarios son también una garantía de que el nivel de consumo (salarios) no caiga, sino que aumente. Del lado de quien vende su fuerza de trabajo, lo que tiene para vender no es mercancía sino trabajo, es decir, que para vivir debe vender su trabajo. Si se da una reducción generalizada en los salarios en

4. Notar que los niveles de vida pueden subir sin que suban los salarios toda vez que el aumento de productividad baja los costos de producción y por lo tanto el costo de las cosas necesarias para mantener tal o cual nivel de vida.

que tan precario es cuando se lo vende a uno como a otro el concepto de valor del trabajo pierde sentido:

La lucha sindical no sólo es «integrable» en el capitalismo, sino que, además, es necesaria en cierta manera para la realización de la propia estructura de la sociedad burguesa. Concretamente, es indispensable para que la categoría «valor de la fuerza de trabajo» adquiera una realidad material. En efecto. La mencionada categoría sólo se realiza si el trabajador «vende en el mercado» su propia fuerza de trabajo, lo cual supone una capacidad contractual por ambas partes. Y esta capacidad no existe sin algún grado de organización sindical, ya que, si bien el capitalista se presenta como poseedor y, por lo tanto, su decisión de comprar es una opción en sus manos, el obrero individual, en cambio, se encuentra por definición en la necesidad vital de vender. Si la situación se redujese a esto, entonces no habría propiamente un «valor de la fuerza de trabajo», en el sentido de que no habría ningún «nivel de vida normal» que lo determinase, pues es estadísticamente cierto que el ser humano, poco antes de morir, acepta cualquier nivel de vida. (Marzoa, 1980).

Cuando esto sucede no sólo ya no hay valor de trabajo, pues este será el que sea, sino que los individuos en esa situación ya no son independientes pues se ven forzados a vender al precio que sea, es decir, que deja de haber sociedad civil. Esta contradicción entre ambas lógicas debe de resolverse de tal manera que siempre haya ganancia en las empresas (reducción permanente de costos), y que esto se consiga aumentando los salarios de cada trabajador que en conjunto forma el total del consumo disponible. Es decir, que se deben mantener las condiciones de la sociedad civil en que los individuos son independientes entre sí. La cuestión es entonces que la sociedad moderna solo es posible sobre la base de la presunción de libertad e igualdad, pero si se es consecuente con las implicaciones de una sociedad así construida resulta una estructura que es materialmente contradictoria, pues la misma ley de movimiento de la sociedad tiende a anular las condiciones de libertad e igualdad para la mayoría de los individuos, de ahí que la necesidad del

mantenimiento del punto de vista del bien común, que pueda mantener las condiciones de la sociedad moderna por medio los sindicatos, por avances tecnológicos que aumenten la productividad, por el estado, asegurando de manera colectiva cierto nivel de vida (hospitales, escuelas, la determinación de un salario mínimo, etc.)

Este argumento y la manera de plantear el problema no se encuentra sólo en Marx, sino que resulta de la definición y estructura de la sociedad civil misma y su economía. El mismo problema y argumento lo expone en sus líneas esenciales el economista Paul Krugman, quien parte de la diferencia entre las empresas y los países. Nos dice que incluso las empresas más grandes venden sólo una pequeña parte de lo que producen a sus trabajadores, mientras que un país vende la mayoría de sus productos y servicios a sí mismo, esto es, al total de sus pobladores. Partiendo de dicha diferencia, Krugman advierte que cuando los empresarios particulares se enfrentan a una economía deprimida suponen que lo que funciona al nivel de una empresa particular vale para el conjunto de la economía, es decir, que buscan reducir costos, reduciendo salarios, para poder crear trabajos y consideran que más gasto por parte del gobierno no toca el problema fundamental. Sin embargo, señala Krugman, una economía deprimida es aquella en donde no hay suficiente demanda, es decir que los consumidores no compran o no pueden comprar lo que se produce, lo que lleva a que la producción disminuya, disminuyendo también el empleo y por tanto, el poder de compra, por lo que la reducción del gasto y los salarios sólo agrava el problema, lo que muestra como la lógica de las empresas particulares no es la misma que la lógica que toma a la totalidad de la sociedad civil y su economía como objeto (Krugman, 1996; Krugman, 2014).

5. La autonomía del mercado y sus límites

A partir del surgimiento de la economía clásica en los siglos XVIII y XIX, se tiene la definición cada vez más clara del valor como una objetividad con su propia ley de movimiento, que no sólo define el conjunto de los fenómenos económicos, sino que también parece señalar el límite del Estado. El nacimiento de la economía implica una restricción de los objetos y fenómenos susceptibles de ser gobernados y legislados. Como se verá más adelante,

esta limitación del Estado no ha dejado de aumentar en la medida en que la objetividad económica ha sido interpretada cada vez más en el sentido de una objetividad natural, esto es, una objetividad que brota de manera autónoma del hecho de que se cumplan ciertas condiciones en el intercambio de bienes. La implicación aquí sería que en la medida en que hay en economía algo así como una objetividad natural hay también leyes ‘naturales’ que no estarían disponibles para la decisión, esto es, que estarían fuera de la esfera de los objetos propios del derecho y del Estado.

Se plantea así la cuestión de la delimitación del conjunto de problemas de coordinación susceptibles de ser resueltos plegándose a las regularidades económicas y aquellos que aún quedan disponibles para la decisión bajo la forma del derecho y el Estado. Si se regresara al vocabulario que se fijó en las secciones anteriores, se encuentra una escisión de los términos que definen la sociedad moderna, a saber, los individuos libres e iguales y eso que se llamó perspectiva del bien común. Por un lado, tenemos la idea de que el bien común brota de las regularidades del comportamiento económico de los individuos y, por el otro, la idea de que el bien común es una construcción jurídica que sería condición de posibilidad de la libertad e igualdad de esos individuos. En los extremos, la primera perspectiva sería una sociedad totalmente descentralizada (mercado puro) y la segunda una sociedad totalmente centralizada (Estado puro) en donde toda sociedad empírica se encuentra en algún punto de ese *continuum*, pero nunca en los extremos. Cabe señalar aquí que la manera misma de determinar el lugar que cada sociedad ocupe en ese *continuum* refleja el estado de relación de fuerzas en una lucha por imponer una visión legítima de cada sociedad.

A continuación, se analizará en primer lugar, la manera en que se constituye el punto de vista del mercado, para luego mostrar los límites y contradicciones de esta perspectiva.

Lo que interesa aquí es la aparición del mercado como un objeto autónomo, definido por una lógica propia. No es que antes no hubiese mercado, sino que antes ese mercado era un territorio más donde imperaba la racionalidad de Estado, el conjunto de fines y medios con el que se actuaba y sobre el mercado era el conjunto de fines y medios propios del Estado. El mercado aparecerá con más nitidez y autonomía en la medida en que las acciones del Estado sobre el mercado empiecen a generar efectos no buscados,

los límites que definen el mercado serán los límites de la aplicación de la racionalidad estatal, de las prácticas de gobierno.

Podemos seguir este proceso de delimitación del mercado en los desplazamientos semánticos del concepto de precio en términos de justicia al concepto de precio natural o verdadero. Se encuentra, por ejemplo, que Adam Smith siempre considera necesario añadir el adjetivo de natural o verdadero cuando habla del precio de mercado, lo que indica que la situación es nueva, que no siempre fue posible concebir a los precios como algo con naturaleza propia.

El precio de monopolio es el más alto que en cada caso se puede obtener. El precio natural, o precio de libre competencia, es por el contrario, el precio más bajo que se puede obtener, si bien no siempre, si por un tiempo considerable. El primero es el precio más alto que puede ser exprimido de los compradores o el más alto que consentirán pagar. El otro es el precio más bajo que los vendedores se pueden permitir manteniendo viable su negocio. [...] Si bien el precio de mercado de cualquier mercancía puede permanecer mucho tiempo por encima del precio natural, rara vez puede permanecer mucho tiempo por debajo (Smith, 2003, p. 87).

Este desplazamiento implica ya un cambio de relación del gobierno frente al mercado. Una semántica del precio justo supone que el papel del gobierno es resolver conflictos y querellas, mantener proporciones y jerarquías, el precio se fija. Mientras que cuando se habla de un precio natural o verdadero lo que tenemos es un objeto que se interroga y estudia para que muestre su naturaleza, para averiguar sus propiedades reales, el precio se muestra.

Tómese en cuenta la concepción del mercado asociada a la noción del precio justo, como la describe Foucault:

Acerca del mercado, en el sentido muy general del término, tal como funcionó en el Medioevo y en los siglos XVI y XVII, creo que podríamos decir en pocas palabras que era esencialmente un lugar de justicia. [...] Ante todo era un lugar, desde luego, investido de una reglamentación extremadamente proliferante y estricta: reglamentación en cuanto a los objetos que debían llevarse a los mercados, al

tipo de fabricación de esos objetos, al origen de los productos, a los derechos que había que pagar, a los procedimientos mismos de venta, a los precios fijados. Por lo tanto, lugar investido de reglamentación: eso era el mercado. Era asimismo un lugar de justicia en el sentido de que tanto los teóricos como los prácticos, por lo demás, consideraban que el precio de venta fijado en el mercado era un precio justo o, en todo caso, debía serlo, es decir, un precio que debía tener una relación determinada con el trabajo realizado, con las necesidades de los comerciantes y, por supuesto, con las necesidades y las posibilidades de los consumidores. [...] Ese sistema de reglamentación, precio justo, sanción del fraude, hacía por consiguiente que el mercado fuera en esencia y funcionara realmente como un lugar de justicia, un lugar donde algo que era la justicia debía aparecer en el intercambio y formularse en el precio. Digamos que el mercado era un lugar de jurisdicción. (Foucault, 2007a, pp. 46-47)

Antes del siglo XVIII el mercado no era un ámbito autónomo sino el objeto de la práctica gubernamental de un Estado. El mercado se gobernaba. Este gobernar tenía por miras la justicia, la cual debe poder formularse en el mercado, de ahí que sea un lugar de jurisdicción. Jurisdicción que le pertenece al Estado en la medida en que la perspectiva del Estado es la perspectiva de la totalidad de la sociedad civil, tomando en cuenta que el Estado podría no identificarse con tal perspectiva y dejar de cumplir tal función con lo que tendríamos un Estado ilegítimo o fascista o lo que sea. Lo que ya no tendríamos sería a la sociedad civil garantizada por un poder con el que ningún otro se pueda medir, sino el puro poder. Lo que del Estado importa es su función como garante de la sociedad civil.

Pues bien, hasta el siglo XVIII para cumplir tal función el Estado tenía que gobernar el mercado. Y se lo gobernaba con el objetivo de mantener la paz, el orden social, evitando revueltas que pudieran anularlo. Para evitar revueltas se debía de garantizar cierto bienestar, esto es, relativa abundancia de alimentos a precios relativamente bajos. En resumen, se debía prevenir la escasez de alimentos, pues si había escasez había revueltas, y por tanto, dejaba de haber orden, dejaba de haber sociedad. Foucault señala brevemente en qué consistía la práctica gubernamental como sistema anti-escasez:

Por mucho tiempo la escasez fue combatida por un sistema que [...] era a la vez jurídico y político, [...] con la intención de reducir la escasez de alimentos, [...] un sistema que toma las formas clásicas [...] [del] control de precios, [...] control del derecho de almacenamiento; prohibición de la acumulación [la venta del grano debía ser inmediata]; límites a la exportación; [...] límites a la cantidad de tierra cultivable, pues si el cultivo de granos era muy extendido, los excedentes [...] resultarían en el colapso de los precios, [y la ruina de los productores] [...] El objetivo es siempre que el grano sea vendido al menor precio posible para que los campesinos obtengan la menor ganancia posible para que la población pueda ser alimentada al menor precio posible y pueda entonces recibir el menor salario posible.” (Foucault, 2007b, pp. 31-32, traducción propia).

Con esto Foucault busca mostrar cómo el mercado aparecía totalmente subordinado a la razón de Estado, cómo los únicos fines que entran en juego y ponen en marcha todo el mecanismo son los fines del Estado: por un lado, evitar las revueltas consecuencia de la escasez o el encarecimiento de los alimentos, y por otro lado, mantener el apoyo de la nobleza manteniendo los salarios bajos y, por lo tanto, las ganancias altas. La situación resulta familiar e insostenible. Es en este punto donde los límites que definen el ámbito económico hacen su aparición.

Los intentos por fijar los precios para evitar la escasez y las revueltas parecen llevar inevitablemente a lo que Marx llama un “golpe de Estado económico”, pues no es la nobleza o los campesinos los que se rebelan sino la economía misma. En un artículo de 1858, para el *New York Tribune* sobre el “Proyecto para la regulación del precio del pan en Francia”, Marx narra los desventurados intentos de Louis Bonaparte por domesticar el conjunto de los intereses del mercado del pan y alinearlos con los suyos. El emperador de Francia crea el banco de los panaderos cuya función sería vender el pan “infinitamente por debajo” del precio de mercado en tiempos de escasez y encarecimiento, lo cual sería financiado vendiendo el pan “ligeramente” más caro en los tiempos de abundancia y depreciación, contando con que los años buenos son siempre más numerosos que los malos.

Marx cuenta que el experimento fracasa alzándose el precio por encima del máximo establecido en los años de escasez y hundiéndose por debajo

del costo de producción en los años de abundancia que continúan cuando el artículo es escrito. La situación es desesperada para los campesinos pues si los precios continúan hundiéndose por debajo de sus costos se verán obligados a sembrar menos en los años siguientes reduciendo la oferta de alimento para la población, creando así escasez y un aumento de precios que habrá entonces que controlar. Para tratar de controlar este ciclo que parece girar siempre en dirección opuesta de sus deseos, el emperador decide ahora construir graneros por toda Francia para almacenar lo equivalente a tres meses de consumo de pan, pues en los años malos falta siempre un mes de pan y estadísticamente rara vez hay más de tres años malos seguidos. El gobierno se encargará de vigilar que el mandato se cumpla, el almacenamiento forzado del pan, al reducir la oferta, aumentará también la demanda artificialmente aumentando así el precio del pan y aliviando la ira de los campesinos. Con el sarcasmo que lo caracteriza, al final del artículo Marx dice estar seguro que el “socialista imperial tendrá más éxito aumentando el precio del pan del que ha tenido tratando de reducirlo” (Marx, 2007, p. 204 y ss). Está aquí el hecho desnudo de que hay economía.

La economía política, desde Smith, pero sobre todo con Marx, es la realización de que toda prescripción sólo es posible sobre la base de una descripción del funcionamiento de la economía; no es posible liberarse del yugo de la economía sin tener antes una teoría, un modelo, de cómo funciona.

El fracaso de gobernar el valor y el mercado permitió constatar que los fines y estrategias del gobierno no se adecuan a los fines y estrategias de la población y el mercado. La población y el mercado aparecen según las regularidades que les son propias; una tasa de natalidad y de mortalidad, epidemias y accidentes, la relación entre trabajo y riqueza, en fin, toda una serie de efectos de agregación irreductibles al individuo y la familia. (Foucault, 2007b, p. 104). A partir de aquí si el gobierno busca actuar sobre el mercado y la población no lo hará desde sí mismo, sino que buscará conocer las regularidades propias del objeto que busca gobernar. Dichas regularidades son el objeto de la estadística, cuyo auge permite al gobernante atenerse a la realidad de sus objetos. Se mide al mercado y a la población según sus regularidades estadísticas, el valor ya no se constituye en términos de justicia o en vistas a la prevención de la escasez, sino que se le reconoce una objetividad propia, una constitución de la objetividad del

valor sin referencia a ningún sistema de objetivos y estrategias externo. Se deja que el precio sea el que es sin medirlo con ninguna idealidad que no sea la realidad que adquiere en el intercambio, si el precio sube se cultivará más y habrá por tanto excedente de granos lo que hará que los precios bajen, con la consecuencia por un lado de que el excedente de granos asegura que no haya escasez a pesar del clima que pueda haber y por otro, dichos excedentes pueden ser vendidos al extranjero aumentando la riqueza total (Foucault, 2007b, p. 38).

No se prohíben ya comportamientos particulares, no se actúa sobre el comerciante que acumula y exporta, sino sobre la población y sus regularidades. El problema al que se enfrentaba el gobierno bajo el rostro de la escasez era la incertidumbre, la incapacidad de calcular, controlar y planificar el comportamiento individual. A la razón de Estado se oponía la irracionalidad individual. Sin embargo, lo que en el plano meramente individual se muestra como incierto e irracional adquiere en la población su propia regularidad, su propia racionalidad. Y si el Estado gobierna, lo hará ahora desde la racionalidad propia de la población, se atiene a su realidad y consistencia, la estudia. Que el gobierno se atenga a la realidad de la población con sus regularidades y racionalidad propia significa que la deja hacer. Las regularidades de la población surgen de la agregación de los comportamientos individuales que la componen en donde cada individuo sigue su propio interés. Dejados hacer (*Laissez nous faire*), dejados seguir nuestros intereses, nuestra propia racionalidad, sólo eso piden los individuos al Estado. Es en ese dejarlos hacer que el Estado descubre que el comportamiento agregado de individuos libres exhibe regularidades propias con base en las cuales los puede gobernar. Que el comportamiento del individuo tenga una racionalidad, un interés significa que “su comportamiento no es aleatorio respecto a lo real [...] El *homo economicus* es quien acepta la realidad. Es racional toda conducta que sea sensible a modificaciones en las variables del medio y que responda a ellas de manera no aleatoria y por lo tanto sistemática, y la economía podrá definirse entonces como la ciencia de la sistematicidad de las respuestas a las variables del medio.” (Foucault, 2007a, p. 308).

Que el individuo no responda de manera aleatoria al medio y que la agregación de individuos muestre regularidades estadísticas permite que el gobierno gobierne al individuo controlando las variables del medio a las

cuales el *homo economicus* responde. Se gobierna a los individuos desde su libertad mediante incentivos. Si se busca que dejen de gastar para controlar la inflación se aumentan las tasas de interés, y si se busca que los individuos gasten para activar la economía entonces se baja la tasa de interés. No se obliga ya a nadie, sino que se controlan las variables a las que responden libremente los individuos. En esto consiste el liberalismo como nexo entre el Estado y el mercado. (Foucault, 2007a). El Estado debe producir libertad para a partir de ella gobernar lo que desde esa libertad se establece como objetivo, como verdad. “El mercado debe decir la verdad, debe decir la verdad con respecto a la práctica gubernamental. En lo sucesivo, y de una manera simplemente secundaria, será su papel de veridicción el que rijan, dicte, prescriba los mecanismos jurisdiccionales o la ausencia de mecanismos jurisdiccionales con los cuales deberá articularse. (Foucault, 2007a, p. 50).

En este sentido, el Estado debe garantizar las condiciones necesarias y suficientes para que haya mercado, y será en el mercado donde se verifique si dichas condiciones se cumplen o no, donde se verifique si se gobierna mal o no. De una manera un poco bárbara se puede decir que es ahora el mercado quien supervisa al gobierno. Si lo que hay es un conjunto de individuos que siguen su propio interés constituyendo un ámbito de objetividad y regularidades propias (el mercado) entonces el papel del gobierno será mantener tal situación garantizando que lo que sea válido para uno, sea válido para otro, pues los individuos de la sociedad civil sólo pueden seguir sus intereses si se garantizan unas reglas del juego que permitan calcular y planificar a cada uno de manera independiente de los otros, es decir si hay seguridad y consistencia en el actuar de cada uno. Pues si no se sabe qué hará el otro (si respetará las leyes y los contratos) no podré yo planear nada y no habrá entonces regularidad ni objetividad alguna.

En efecto, el individuo de la sociedad civil que actúa con base en sus cálculos interesados independientemente de los demás necesita cierta certidumbre acerca de los cálculos y acciones de los demás, requiere ciertas expectativas desde las cuales va a calcular. De ahí que haya interés en que haya contratos y leyes los cuales determinan las expectativas de comportamiento con las que cada quien puede contar y que mantienen la independencia de las acciones de cada quien. Pues si lo que hay es incertidumbre incalculable respecto a las acciones de cada individuo, se tiene que para poder actuar libremente se debe de poder contar con que esa incertidumbre lo es para

todos y que todos reaccionarán de la misma manera, siguiendo leyes y pautas comunes. (Esposito, 2011; Parsons, 1961, pp. 90-93 y 314-316).

El interés en que haya ley y su función consiste en el manejo de la incertidumbre la cual no desaparece, sino que es tratada de la misma manera por los individuos, lo que permite el cálculo, la planificación del futuro, el cual dependerá siempre de las operaciones individuales en el presente y se presenta como riesgo. Que el futuro aparezca como riesgo con base en las expectativas del comportamiento de los individuos supone una diferenciación en la distribución de la información desde la cual se espera tal o cual futuro. Así, el valor de la tierra depende del valor futuro de la cosecha, valor que siempre se presenta como cálculo de futuros posibles en base a la información disponible y que tiene probabilidades distintas de realizarse. El hecho de que dichas probabilidades sean calculables permite compararlas y asignarles diferentes valores y niveles de riesgo. Con base en el riesgo y sus valores asociados se hace posible comparar las ganancias futuras y distribuir sobre esa base las inversiones privadas en el presente, lo que conlleva una competencia generalizada por dichas inversiones en donde a mayor riesgo mayor la ganancia. Lo que importa no son las estructuras que garanticen la permanencia de la sociedad civil, sino la comparabilidad y calculabilidad sin límites del riesgo y las ganancias. Si antes el riesgo y la incertidumbre eran aquello de lo cual uno buscaba protegerse ahora el riesgo aparece como un objeto que se puede calcular, comprar y vender (Cfr. Esposito, 2011; Bourdieu, 1998).

Este desplazamiento del mercado como objeto, al mercado como criterio en que la función de las leyes se reduce a garantizar el cálculo y comparación sin límites de las inversiones, tiene por consecuencia que se resalte el carácter técnico de las mismas en donde el Estado siempre aparece con un conocimiento limitado respecto a las diferentes actividades productivas en donde él nunca puede dar cuenta de la complejidad de cada actividad, lo que supone que quien debe regular será entonces quien más conocimiento tenga de aquello que se quiere regular, y ¿quién conoce mejor el mercado de grano que los productores de grano? (Hernández Cervantes, 2014, p. 129 y 135-137). La garantía de la comparación y el cálculo ilimitado de las inversiones supone un alto grado de conocimiento especializado en cada sector, que por su complejidad no puede encontrarse reunido en el Estado ni en ningún otro ente, sino distribuido en esos sectores, lo que conlleva

que sea cada sector el que esté en condiciones de decidir a ciencia cierta qué regulaciones permiten en cada caso la comparación y el cálculo ilimitado. “De tal suerte que el Estado para no intervenir, tiene que intervenir regulando su propia desregulación. Es así como la desregulación suspende la decisión e intervención pública para posicionar una razón técnica económica en calidad de un nuevo legislador universal.” (Hernández Cervantes, 2014, p. 127).

Recordar que, dados un conjunto de individuos independientes entre sí, éstos sólo podían actuar de acuerdo a sus intereses si se podía contar con que el otro respetaría las mismas leyes y contratos, es decir si hay expectativas comunes con base en las cuales se calcula. La función de la ley será reducir la incertidumbre coordinando expectativas. Siguiendo a Aleida Hernández se puede constatar que la función de la coordinación de expectativas con base en leyes deja de ser cumplida por el Estado en donde dicha función es realizada por organizaciones económicas bajo el argumento de que éstas poseen el conocimiento técnico necesario (Hernández Cervantes, 2014).

Dado que hay una economía mundial pero no un Estado mundial, la regulación y coordinación de las expectativas se lleva a cabo desde los mismos agentes económicos en donde se busca el cálculo y comparación ilimitado de las inversiones en todas las economías en donde el carácter técnico de las decisiones se toma por fuerza vinculante de las mismas, pues es la racionalidad económica la que los decide en base al conocimiento técnico disponible.

Como se puede observar, esta normatividad de fuente global no debe —necesariamente— su validez a estar vinculada con el derecho o con el sistema político de un Estado-nación determinado, esto quiere decir que el Estado ya no es el referente [...] de validación imprescindible para que un conjunto de normas jurídicas tengan fuerza normativa. Su fuerza normativa les viene dada del poder que los centros de producción transnacional poseen para que sus instrumentos jurídicos sean adoptados, observados y aplicados por los involucrados. [...] [Mediante] la persuasión respaldada en criterios económicos [...] No se trata entonces *de un vacío de derecho, sino de un vacío de derecho público*, ese que ha tenido la finalidad de regular a favor de un interés general, por lo menos como aspiración. (Hernández Cervantes, 2014, p. 164.)

En este sentido, aquello que llamamos la perspectiva de la sociedad civil, que se identifica con el sistema de leyes garantizadas por el estado, queda desplazada por el mercado como fuente *de facto* de derecho, si bien el Estado sigue siendo el garante material de dicho derecho.

[...] se observa una privatización de las fuentes del derecho, pero que tiene efectos que van más allá de la esfera privada, ‘incluso la propia definición de lo público resulta hoy sometida a su reconfiguración mediante la negociación entre los representantes del Estado y los diversos agentes privados’ [...] (Hernández Cervantes, 2014, p. 129).

Ya no sólo se trata de un *laissez faire* (dejar hacer) sino que lo que se reclama ahora es un *laissez nous légiférer* (dejarnos legislar).

Se observa la trayectoria de la curva que ha seguido el derecho como mediación entre Estado y economía. En un primer momento, con Smith y Marx, se encuentra con la imposibilidad de gobernar al margen de la lógica propia de la economía, sin entender primero la ley de movimiento de la economía. Siguiendo a Foucault, se ve cómo la manifestación de la economía teniendo una consistencia y naturaleza propias produce un cambio en la definición de la racionalidad del Estado, en donde ya no se busca intervenir en las acciones de los actores económicos sino actuar en las variables a las cuales responden, es una manera de gobernar que necesita constantemente producir espacios de libertad en los que se puedan mostrar sin adulterar el conjunto de los comportamientos individuales revelando las regularidades estadísticas y los patrones de los que se puede servir el estado para conducir el comportamiento de los individuos siguiendo la manera en que ellos se conducen. Para Aleida Hernández, el punto de inflexión en esta trayectoria consiste en la consolidación de un mercado global sin que haya instituciones democráticas globales.

Mientras que Foucault mostraba cómo la razón de Estado se ceñía cada vez más a la lógica del mercado hasta el punto en que el buen o mal funcionamiento del mercado se constituye en criterio del desempeño del Estado, Aleida Hernández hace notar la tendencia hacia una sustitución de funciones del Estado por parte del mercado bajo la forma del resurgimiento de la *lex mercatoria*, en donde hay una homogenización de las reglas del mercado global sin que esas reglas estén sometidas a controles democráticos

(Hernández Cervantes, 2014, p. 115), lo que constituye de facto un poder supranacional con el que ningún estado nacional se puede medir. Uno de los ejemplos más iluminadores al respecto es la lucha de los países por retomar el control en materia fiscal sin ceder a los chantajes de las empresas que amenazan con llevarse su inversión a paraísos fiscales cada vez que se toca el tema de la injusta proporción que pagan en impuestos, Estados Unidos mismo ha necesitado del apoyo del G20 y 130 países más para lograr apenas una tasa impositiva de 15% global. (Cfr. <https://taxfoundation.org/global-tax-agreement/>). Cabe señalar aquí que, en la medida en que el Estado es Estado en tanto que cumple una función de coordinación, queda definido por los problemas que resuelve, y cuando el mercado pasa a cumplir esas funciones no es que el Estado desaparezca, sino que se le privatiza. La consecuencia de concentrar la producción jurídica en instituciones económicas supranacionales no es la desaparición del Estado sino su privatización, es el abandono de los controles democráticos, el derecho de los más fuertes. ¿Puede el derecho representar el interés público si es producido en privado por intereses particulares al margen de controles políticos y democráticos?

En resumen, se tiene que sobre la base de la sociedad civil se constituye la objetividad del valor que consiste en el intercambio ilimitado de mercancías, producto del intercambio ilimitado de trabajos privados independientes entre sí. Lo cual requería que se cumplieran ciertas leyes que garantizaran dicha independencia y que dichas leyes debían ser garantizadas por un poder con el que ningún otro poder se pudiera medir. Se señaló también que dicha objetividad constituye un ámbito autónomo con regularidades propias al que el gobierno deberá dejar hacer. Es decir, que el Estado deberá garantizar las leyes necesarias para el funcionamiento autónomo de ese ámbito. Y que lo que esas leyes permiten es el cálculo de estrategias de los individuos, en donde la función de las leyes queda reducida a hacer posible el cálculo y la comparación ilimitada de las inversiones. En donde las leyes que permiten dicho cálculo y comparación son emitidas por los agentes económicos poseedores de los conocimientos técnicos necesarios para la realización de dichos cálculos, lo que permite que haya una base de expectativas comunes para el mercado mundial aún si no hay un estado global.

Sin embargo, no queda aquí claro que eso del cálculo y la comparación ilimitada de las inversiones, tal como se describieron sea compatible con la permanencia de la sociedad civil garantizando sus condiciones de

posibilidad. Pues como se expuso a propósito de Marx, los intereses que se persiguen desde el punto de vista de los agentes económicos privados no son siempre compatibles con la totalidad de la sociedad civil, toda vez que lo que como derecho surge de eso que llamamos el *laissez nous légiférer* de los agentes económicos tiene por objetivo garantizar la estructura que permite el cálculo y la comparación ilimitada de las inversiones y no el nivel de vida que asegura que los miembros de la sociedad civil sigan siendo independientes los unos de los otros aun cuando tengan que vender su fuerza de trabajo.

El supuesto detrás de los argumentos que justifican la extensión ilimitada de la lógica del mercado, piénsese aquí en la cuestión del grano y el pan, es la supersticiosa esperanza de que el libre juego de los intereses individuales coincida con el bien común, como si el todo no fuera más que la mera agregación de sus partes.

Para mostrar las limitaciones de este supuesto consideremos el sistema de salud. En particular interesa aquí el caso donde lo que predomina es un sistema de salud privado. La idea de un sistema de salud que funciona como un mercado sería que las diferentes aseguradoras competirían por sus clientes aumentando la calidad y disminuyendo los costos, lo cual tendería a maximizar el bien común como resultado del interés propio de las aseguradoras y los clientes. Sin embargo, como señala Paul Krugman, la estructura de incentivos de un sistema de salud de mercado entra en contradicción precisamente con ese bien común. Calcando su argumento (Krugman, 2009): Lo primero que hace notar Krugman es que tiene que haber seguros ya sea públicos o privados, pues las emergencias médicas representan para la mayoría de la población gastos catastróficos y no hay manera de predecir cuándo habrá una emergencia. Por otro lado, las aseguradoras ganan dinero cuando el cliente no se enferma lo que crea el incentivo de crear barreras para impedir que quienes tienen enfermedades crónicas o de cierta edad puedan comprar un seguro ya sea negándoselos o elevando los precios dejando desprotegidos a quienes más lo necesitan. Finalmente, las aseguradoras pierden dinero cada vez que tiene que pagar por medicamentos y tratamientos, lo que crea un incentivo para que inviertan dinero en litigar y diseñar los seguros para evitar la mayor cantidad de pagos, por lo que en realidad se gasta una gran cantidad de recursos en minar el bien público, en este caso la salud. Es por este sistema contrario de

intereses, termina Krugman, que no hay ningún país que tenga un sistema de salud de mercado excepto por Estados Unidos, el cual tiene un sistema de salud cada vez más caro y una esperanza de vida cada vez más baja.

6. Conclusión

Como resultado de esta exposición, se muestra que sobre la base de la sociedad civil se constituyen tres estructuras: el mercado, las leyes y el Estado. Éstas se presentan como condiciones de posibilidad de la sociedad civil, la cual consiste en un conjunto de individuos independientes entre sí. Se vio también que cada una de esas estructuras tiene su propia lógica, su propia racionalidad y que lo que se persigue con base en dicha lógica no es siempre compatible con la permanencia de la sociedad civil. En este sentido, se identificó la perspectiva de la sociedad civil con la función que consiste en garantizar sus condiciones de posibilidad y permanencia, y atribuyó dicha función al Estado. En la medida en que dicha perspectiva determina sus condiciones de posibilidad se la puede identificar con el bien común. En donde si no hay bien común, no hay sociedad civil, si no se cumple que cada parte o individuo de la sociedad y sus acciones sean compatibles con el bien común como totalidad. Recordar el caso que se expuso en donde la persecución del bien particular de las empresas no era compatible con el mantenimiento del nivel de vida necesario que asegure la independencia del trabajador por un lado ni el nivel de consumo necesario para que haya empresas por otro, es decir que la persecución de fines particulares no es necesariamente compatible ni con la sociedad civil y sus condiciones de posibilidad ni con los fines particulares mismos.

En este sentido la sociedad civil y sus condiciones de posibilidad como bien común tiene en su definición formal ciertos aspectos positivos que retomamos siguiendo a Ellacuría, quien considera que los derechos humanos son ‘el despliegue de ese bien común’ (Ellacuría, 2012, p. 278). En efecto, se sigue que:

1. “No hay bien particular sin referencia al bien común y sin la existencia real del bien común no puede hablarse de un *bien* particular” (Ellacuría, 2012, p. 279), esto es, que cada bien individual no debe anular la independencia y libertad para realizar el bien particular de los demás, de la

sociedad civil, sin la cual tampoco es posible que puedan perseguirse los intereses y bienes de cada quien.

2. “No se consigue el bien común por acumulación de bienes individuales, esto es, persiguiendo el interés individual, sino por la búsqueda primaria del bien común. No se puede dejar que cada uno siga su interés particular, creyendo que esa sería la forma mejor de que resulte mecánicamente el bien de todos [...] el todo no es el resultado de las partes.” (Ellacuría, 2012, p. 280), es decir, del libre juego de intereses individuales no se sigue su convergencia hacia el bien común, por ejemplo, puede suceder que ese libre juego termine en una catástrofe ecológica. Si bien ese libre juego converge en algún lado no hay porque suponer que ese equilibrio al que se llegue sea el bien común o que sea siquiera compatible con las condiciones de posibilidad de la sociedad civil.
3. “El bien común es fundamentalmente un conjunto de condiciones estructurales y se expresa en la justicia de la sociedad. Aquellas condiciones y esta justicia deben ser promovidas por la sociedad como un todo y, en concreto, por los órganos verdaderamente representativos de la sociedad. Ninguna estructuración de la sociedad y ninguna forma de gobierno se legitiman, si no representan la mejor promoción del bien común. La prueba real de esta promoción estará en que ninguno se vea privado de las condiciones básicas para el desarrollo personal y en que ninguno se aproveche del bien común, en menoscabo del derecho de los demás a servirse de ese bien común.” (Ellacuría, 2012, p. 280). Para Ellacuría la prueba real consiste en que ninguno se vea privado de las condiciones básicas de desarrollo, que es otra manera de decir aquello de que el criterio que deben de cumplir la ley, el mercado y el Estado es el de no anular las condiciones que permiten que el individuo sea independiente y libre de todos los demás, condiciones que implican siempre cierto nivel de vida como ya se señaló.

Sin embargo, Ellacuría señala que esta definición formal, si bien tiene aspectos positivos, no nos dice nada acerca del contenido ni de las condiciones históricas en que se verifican o no esos criterios formales:

Sin historización del bien común y de los derechos humanos ni se sobrepasa su formalidad abstracta y mistificadora, ni se verifica su verdad o falsedad. Dar por supuesto que hay un bien común para todos los pueblos y todas las épocas reduce su realidad a un contenido mínimo, que, además, ignora las condiciones de su realización. La historización consiste en ver cómo se está realizando, en una circunstancia dada, lo que se afirma abstractamente como un “deber ser” del bien común o de los derechos humanos, y consiste, en segundo lugar, en la posición de aquellas condiciones reales sin las cuales no se puede dar la realización efectiva del bien común y de los derechos humanos. [...] La historización consiste, entonces, en probar cómo se da, en una realidad histórica determinada, lo que formalmente se presenta como bien común y como derechos humanos y en mostrar cuáles son los mecanismos por los cuales se impide o se favorece la realización efectiva del bien común. (Ellacuría, 2012, pp. 284-285).

Si la prueba real consiste en que ninguno sea privado de las condiciones de desarrollo para asegurar su libertad e independencia, pero dicha prueba sólo tiene sentido en una realidad histórica determinada en donde se verifica o no su realización plena y concreta, entonces el lugar de dicha prueba, el lugar de su evidencia, serán los individuos que se encuentren realmente excluidos de las condiciones de desarrollo que aseguren su libertad e independencia. Si bien los derechos humanos tienen un carácter formal, su realización sólo puede ser concreta e histórica en donde se deben buscar los mecanismos que promueven o impiden dicha realización. Los derechos fundamentales no aparecen de golpe sino históricamente, justo cuando se da su violación y es por eso que se deben reivindicar constantemente a partir del lugar en que aparece tal violación, es decir desde la víctima. En este sentido los excluidos, las víctimas, son el-lugar-que-da-verdad (Rosillo, 2008, pp. 123-126.) a partir del cual se verifica o falsifica si lo que el mercado, el derecho o el Estado hace valer como estructuración de la sociedad civil, del bien común, tiene una realización plena en donde se cumpla que no se anula la libertad e independencia y sus condiciones de desarrollo de ningún individuo en nombre de tal estructuración.

7. Bibliografía

- Aristóteles (2007). *Ética nicomaquea*. México: Porrúa.
- Beinhocker, Eric (2006). *The origin of wealth*. Boston: Harvard Business School Press.
- Borondo, J. Borondo, F. Rodriguez-sickert, C. e Hidalgo, C. (2014). To each according to its degree: The meritocracy and topocracy of embedded markets. En *ScientificReports*, enero 21 de 2014, publicado en línea en <http://www.nature.com/articles/srep03784> (visto: 30 de noviembre de 2016)
- Bourdieu, P. (1998). The essence of neoliberalism, *Le monde diplomatique*, English edition, París, 8, dic, 1998. Disponible en: <https://mondediplo.com/1998/12/08bourdieu>. Visto 31 oct. 2015.
- Ellacuría, I. (1999). *Filosofía de la realidad histórica*. San Salvador: UCA Editores.
- Ellacuría, I. (2012). *La lucha por la justicia*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- Esposito, E. (2011). *The future of futures: the time of money in financing and society*, Massachusetts: Edward Elgar.
- Forrester, V. (2009). *El horror económico*. México: FCE.
- Foucault, M. (2007a). *El nacimiento de la biopolítica*. Buenos Aires: FCE, Buenos Aires.
- Foucault, M. (2007b). *Security, territory, population*. New York: Palgrave.
- Hernández Cervantes, A. (2014). *La producción jurídica de la globalización económica*. San Luis Potosí: CENEJUS/UASLP/UNAM.
- Krugman, P. (1996). A country is not a company. *Harvard business review*. Cambridge, enero-febrero, 1996. Disponible en: <https://hbr.org/1996/01/a-country-is-not-a-company>. Visto 31 oct. 2015.
- Krugman, P. (2014). Business vs. Economics. *The New York Times*, New York, 2 nov. 2014. Disponible en <http://www.nytimes.com/2014/11/03/opinion/paul-krugman-business-vs-economics.html?src=twr>. Visto 31 oct 2015.

- Krugman, P. (2009). Why markets can't cure healthcare. *The New York Times*, 25 de Julio de 2009. Disponible en: <https://krugman.blogs.nytimes.com/2009/07/25/why-markets-cant-cure-healthcare/>. Visto 31 julio 2021
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. México: Herder.
- Luhmann, N. (2009). *¿Cómo es posible el orden social?* México: Herder.
- Luhmann, N. (2014). *Sociología política*. Madrid: Trotta.
- Luhmann, N. (2010). *Los derechos fundamentales como institución*. México: Universidad Iberoamericana.
- Martínez Marzoa, F. (2008). *El concepto de lo civil*. Santiago: Metales Pesados.
- Martínez Marzoa, F. (2005). *El saber de la comedia*. Madrid: La balsa de la medusa.
- Martínez Marzoa, F. (1999). Estado y legitimidad y Estado y pólis, en Manuel Cruz (comp.), *Los filósofos y la política*. México: FCE, p.85-115.
- Martínez Marzoa, F. (1980). El marxismo y la lucha sindical. *Zona Abierta*, N° 24.
- Martínez Marzoa, F. (1983). *La filosofía de "El capital"*. Madrid: Taurus.
- Marx, K. (2012). *El Capital I*. México: FCE.
- Marx, K. (1985). *Grundrisse I*. México: FCE.
- Marx, K. (2008). *Contribución a la crítica de la economía política*. México: Siglo XXI.
- Marx, K. (2007). *Dispatches for the New York Tribune: Selected Journalism of Karl Marx*. London: Penguin.
- Mazzucato, M. (2018). *The value of everything: making and taking in the global economy*. New York: PublicAffairs.
- Míguez Barciela, A. (2009). Comunidad y desarraigo. Aproximación al fenómeno pólis. *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, N° 40, enero-junio, p. 203-219.

- Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2006). El análisis económico del derecho: ¿método útil, o ideología nefasta. En Christian Courtis (ed.). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Trotta: Madrid; pp. 321-348.
- Parsons, T. (1961). *The social system*. New York: Collier-Macmillan.
- Rosillo Martínez, A. (2008). *Praxis de liberación y derechos humanos: una introducción al pensamiento de Ignacio Ellacuría*. San Luis Potosí: UASLP, 2008.
- Smith, A. (2003). *The wealth of nations*. New York: Bantam, New York.
- Tcherneva, P. (2001). Money: a comparison of the Post-keynesian and Orthodox approaches. En *Oeconomicus*, Volume IV, Invierno, 2001, pp. 109-114.

Capítulo 16

Modo normativo

Alejandro Rosillo Martínez

1. Introducción

El modo normativo de investigación jurídica es el más clásico desde la perspectiva del positivismo jurídico y, por lo tanto, el que domina en el ámbito educativo en la mayoría de los países latinoamericanos. Como su nombre lo indica, se centra en el estudio de la “norma jurídica”, pues parte del hecho de comprender al Derecho como un “sistema de normas”¹.

Si consideramos una definición básica de norma, como el enunciado que tiene la pretensión de obligar, permitir o prohibir una conducta, entonces asumimos que el Derecho se nos presenta como lenguaje. En efecto, como todo lenguaje, el lenguaje jurídico sigue ciertas reglas lógicas, que establecen la forma correcta en que las diversas partes se relacionan entre sí, tanto en su contenido como en su estructura. Por eso el modo normativo de la investigación jurídica se puede considerar como un modo lógico (sigue ciertas pautas), sistemático (asume al Derecho como un sistema de normas) y lingüístico (la norma es un enunciado).

1. Véase los temas 4, 5 y 6 de esta obra, sobre las “Concepciones del Derecho”, principalmente respecto a la concepción positivista.

El modo normativo en la investigación jurídica se centra en la concepción del *Derecho como lenguaje*. Si bien, como se ha insistido en los otros capítulos de esta obra, el Derecho es un fenómeno social complejo, y que por eso requiere de diversos modos de investigación, en cuanto al modo normativo, la centralidad está en considerarlo como “un lenguaje de poder”, es decir, como proposiciones o enunciados que tienen la pretensión de regular conductas. En este sentido, el principal objeto de estudio es el texto normativo y los mecanismos lingüísticos y lógicos en que éste se convierte en una norma jurídica que pretende regular una conducta.

El objetivo de este capítulo es presentar algunos elementos para comprender y aplicar el modo normativo en la investigación del Derecho. Si bien se podrían abordar una gran cantidad de temas, y sobre cada uno de ellos, desarrollar un amplio contenido, se ha optado por presentar aquellos que se consideran básicos para tener un panorama general del funcionamiento de este modo.

Se iniciará explicando en qué consiste la acción de aplicar el Derecho, por supuesto, comprendiéndolo como lenguaje normativo; para lo cual se abordará el contenido básico de la semiótica como disciplina que estudia los signos, en qué consiste interpretar y argumentar, y cómo se construye el sentido normativo de un texto. En segundo lugar, se puntualizarán los problemas y las funciones que tiene el modo normativo. Por último, y que consistirá en la sección más amplia del capítulo, se desarrollará la cuestión de la aplicación de los principios y reglas en el ámbito de los derechos fundamentales. Se ha elegido este tema porque se considera un ejemplo claro y contemporáneo de aplicación del modo normativo, que de alguna manera engloba sus diversas problemáticas, tareas y pautas.

2. La acción de aplicar el Derecho

El modo normativo de investigación jurídica parte de una pregunta básica: ¿cómo se construye la decisión normativa sobre un caso concreto? En la visión positivista más clásica del Derecho, esta construcción responde a un mecanismo lógico simple: se afirma que la norma jurídica tiene una descripción, que cuando se actualiza en el hecho, se deben aplicar las consecuencias que están establecidas en la norma. De ahí que se diga que la norma tiene dos elementos básicos: un supuesto y una consecuencia. En

efecto, la función del aplicador del derecho consistiría tan solo en demostrar que el hecho corresponde con la descripción que hace la norma y, por lo tanto, se tiene que dar la consecuencia normativa. No obstante, en realidad, no es tan simple la construcción de la decisión normativa, pues el uso mismo del lenguaje no es así.

2.1. La semiótica

La semiótica es la disciplina que estudia los signos, y por estos se entienden todo aquello que representa a otra cosa; es decir, “lo que está en lugar de otra cosa, que hace sus veces” (Beuchot, 2004, p. 7). Un signo puede ser un semáforo, los gestos, la comida, una flor, un regalo, etcétera; en fin, todo aquello que pretenda representar a otra cosa. El semáforo representa unas reglas del ordenamiento del tráfico vehicular: el rojo no es solo un color, sino la orden de detenerse totalmente y dejar el paso a otros vehículos. Una flor puede ser una flor en sí misma, pero se convierte en un signo cuando se envía como regalo: puede estar en lugar de un sentimiento o de un mensaje.

Los signos no existen por sí mismos, sino que requieren de usuarios; por lo menos, de quien emite el signo y quien lo recibe. Por eso, los signos son utilizados por los miembros de una “comunidad semiótica”, que comparten el conocimiento de los signos y sus significados. Estas comunidades son diversas, pues hay tantas como sistemas de signos. Así, cada idioma, cada ciencia, cada deporte, cada juego de mesa, etcétera, forman un sistema de signos y tendrán su comunidad semiótica.

Como se puede observar, existen tres elementos para que un signo pueda existir: el signo en sí mismo, que es lo que ocupa el lugar de otra cosa (el semáforo, por ejemplo); los sujetos que usan e interpretan los signos (el automovilista, por ejemplo); y el objeto significado, es decir, aquello que está siendo representado o sustituido por el signo (la orden de detenerse, por ejemplo).

Los signos se pueden clasificar de diversas maneras. Una de las más usuales es la que se basa en la relación entre el signo y el objeto significado, que consiste en clasificarlos como signos naturales y signos artificiales o convencionales (Conesa et al., 2002). Los signos naturales son aquellos cuya capacidad de significar proviene de la misma naturaleza del objeto significado; por ejemplo, el humo es signo de que hay fuego o la huella

es signo de que transitó un animal. Por su parte, en los signos artificiales y convencionales, la relación entre signo y objeto es establecida por una persona o por la comunidad; por ejemplo, el significado de cada color del semáforo.

Las palabras son signos, y el lenguaje se comprende como un sistema de signos. Y, como se dijo, existen tantas comunidades semióticas como lenguajes existan. Entre las diversas clasificaciones que se han hecho, para este tema, es importante la que divide los lenguajes en naturales y artificiales. Los lenguajes naturales son los producidos en la evolución de las culturas humanas, sus reglas son generadas a partir del uso y su cambio es abierto y no controlado; en este caso se ubican los diversos idiomas, como el español, el inglés, el náhuatl, el quechua, etcétera. En cambio, los lenguajes artificiales se construyen a partir de reglas formales, establecidas por ciertas comunidades relativamente cerradas, y su cambio es menos abierto y más controlado en comparación con los lenguajes naturales; por ejemplo, la lógica, las matemáticas y, en general, los lenguajes de las ciencias.

De lo anterior, se puede afirmar que el lenguaje jurídico, es un sistema de signos que, en su mayoría se refiere a signos convencionales (por ejemplo, ¿por qué a un acuerdo de voluntades le llamamos contrato? Por convención), pero también, sobre todo en la construcción de los hechos, existen signos naturales (por ejemplo, si el testigo escuchó el sonido de un disparo, significa que fue utilizada una pistola). Además, el lenguaje jurídico es principalmente un lenguaje artificial, construido por legisladores, jueces y demás operadores jurídicos, pero al ser un lenguaje prescriptivo –con pretensiones de regular conductas–, está basado en el lenguaje natural de una comunidad de hablantes. Es decir, por más técnico que se pretenda que sea el lenguaje del Derecho, irremediablemente tiene que hacer uso del lenguaje natural que utilizan los hablantes de una comunidad.

La semiótica suele dividirse en tres ramas, que corresponden a las tres dimensiones del lenguaje: la sintaxis, la semántica y la pragmática (Beuchot, 2004). El estudio de un lenguaje, en este caso del jurídico, deberá de tener en cuenta estas tres dimensiones para abordar de manera integral el fenómeno jurídico desde el modo normativo.

La *sintaxis* estudia la relación de los signos entre sí, independientemente de lo que significan; se refiere a la parte formal del lenguaje, a la estructura correcta que debe asumir la construcción de las proposiciones y los juicios.

La *semántica* estudia la relación de los signos con los objetos que significan. Si bien la noción común es que las palabras están en lugar de un objeto real, esto no siempre es así. Existen palabras que se refieren a conjuntos de cosas o seres (“jauría”, “humanidad”), a situaciones (“democracia”, “anarquía”), a cualidades (“valiente”, “constancia”), etcétera. Además, hay expresiones que pueden referirse al mismo objeto y tener un significado distinto; por ejemplo, “la Constitución mexicana”, “la Carta Magna mexicana” o “el Pacto social mexicano”. Hay palabras con un mismo significado, pero con distintos referentes, como es el caso de los pronombres, que su referente depende de quién lo pronuncie; es decir, si Pedro dice “yo” y Juan dice “yo”, la palabra tiene el mismo significado, pero su referente es distinto (Conesa et al., 2002). Los problemas semánticos son frecuentes en el lenguaje jurídico y su análisis es parte del modo normativo de investigación; determinar la relación de las palabras con los objetos que significan es necesario para la aplicación de las normas jurídicas.

Por ejemplo, cuando un texto normativo dice “matrimonio”, y este es definido por otra norma jurídica como “la unión legal entre dos personas, libremente contraída, basada en el respeto, con igualdad de derechos, deberes y obligaciones, que hacen vida en común, con la finalidad de proporcionarse ayuda mutua, formando una familia”, surgen diversos problemas semánticos: ¿A qué realidad se refiere la palabra matrimonio? Si “matrimonio” y “concubinato” se refieren a la misma realidad, ¿por qué utilizar dos palabras distintas? Si el matrimonio está formando una familia, ¿qué realidad es una familia: solo las dos personas que contrajeron matrimonio, o es necesario que tenga hijos, y si muere una de las personas que contrajeron el matrimonio, ¿sigue existiendo la familia?

La *pragmática* estudia la relación de los signos con los usuarios, es decir, la manera en que los signos se emplean. Se trata de comprender “*el uso que los hablantes hacen del lenguaje en un contexto*” (Conesa et al., 2002, p. 165)². Los factores pragmáticos, es decir, la acción de usar el lenguaje para comunicarse, determinan frecuentemente el significado de los signos. De ahí la relación tan estrecha entre semántica y pragmática, pues los signos pueden tener un significado, pero el uso tiene una fuerza que puede modificarlo. Por ejemplo, piénsese en un salón de clases, donde el profesor se encuentra

2. Cursivas agragadas.

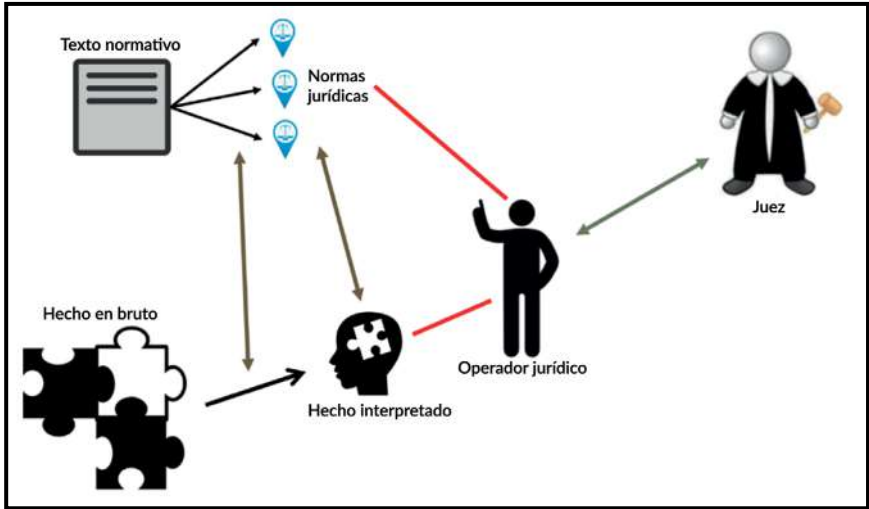
impartiendo su cátedra y los estudiantes están atendiendo; de pronto, se escucha que alguien en el exterior golpea la puerta; el profesor dirige su vista hacia el estudiante más cercano a la entrada y le dice: “¡La puerta, por favor!”. *Semánticamente*, se podría decir, que el profesor lo único que hizo fue enunciar un objeto (la puerta), pero *pragmáticamente*, por el contexto donde se dio su expresión, el estudiante comprende que le está solicitando que abra la puerta. Es decir, no fue necesario que el profesor realizara una expresión completa (¡Abra la puerta, por favor!), sino bastó decir “¡La puerta!” para dar la orden. Y esto dependió, en gran medida, del contexto donde se utilizaron los signos, y no solo de su significado.

La pragmática del lenguaje jurídico es fundamental en el modo normativo de investigación, ya que el Derecho pretende regular conductas en situaciones concretas, por lo que el uso de los signos en un contexto determinado genera diversos problemas que resolver. Por ejemplo, es frecuente que el legislador produce textos normativos con la pretensión de decir algo, y asume el significado que considera adecuado de sus expresiones (semántica). No obstante, cuando el operador jurídico da sentido a esos textos normativos en una situación concreta, el contexto puede darle otros significados a las expresiones, que es probable que el legislador no las pensó así (pragmática).

Tomando en cuenta lo que, de manera general, se ha explicado sobre la semiótica, y considerando que el Derecho es un sistema de signos, es decir, un lenguaje, se concluye que la visión de considerar que su aplicación se reduce a tan solo hacer coincidir el hecho con el supuesto establecido en la norma, es reduccionista. Esta visión tan solo considera parcialmente la dimensión sintáctica del lenguaje y, en parte, la dimensión semántica, pero desconoce totalmente la pragmática. A continuación, se mostrará cómo, el modo normativo, debe asumir una visión más compleja de la construcción de la aplicación del Derecho.

2.2. La construcción de la decisión

Como se ha dicho, la aplicación del Derecho, desde el modo normativo, no se reduce tan solo en una simple operación lógica de subsumir el hecho en el supuesto de la norma para que se dé la consecuencia. En este apartado, se busca mostrar con mayor complejidad este proceso, para ir mostrando los diversos problemas que surgen en el modo normativo.



El anterior esquema muestra con mayor complejidad cómo se construye, desde el modo normativo, la decisión en el Derecho. En primer lugar, es importante distinguir entre el texto normativo y la norma jurídica; es usual asumir que al leer un texto legal se está ante una norma jurídica, pero si asumimos que ésta es una preposición que tiene la pretensión de regular una conducta determinada, entonces, el puro texto normativo no es en sí una norma jurídica. Para que lo sea, el texto normativo tiene que ser *interpretado*, es decir, que el operador jurídico debe darle *sentido* a ese texto en una situación concreta, que es la que se pretende regular. Entonces a partir de un texto normativo se pueden generar diversas normas jurídicas, dependiendo de diversos factores: lo polisémico de las palabras utilizadas, la vaguedad de la expresión, la estructura del texto normativo, el caso concreto al cual se quiere aplicar, la interacción con otras normas jurídicas, etcétera.

La construcción de la norma jurídica no depende tan sólo del texto en sí mismo, sino que, por las dimensiones semántica y pragmática del lenguaje, tiene que ver con los hechos a los que quiere regular: el contexto del intérprete juega un papel fundamental. Pero los hechos no son accedidos por el operador jurídico de manera bruta –los hechos no se presentan como una fotografía–, sino que tienen que ser reconstruidos. Para que se dé esta reconstrucción, y para que tengan sentido desde el modo normativo del Derecho, el operador jurídico debe interactuar con el texto normativo. Es

decir, no se da una secuencia lineal consistente primero en interpretar el texto y luego reconstruir los hechos, sino que esto se da de manera simultánea, en una relación de codeterminación. Por eso, en el esquema anterior, se ha presentado dos flechas de doble sentido entre la construcción de la norma jurídica y la reconstrucción de los hechos.

Lo anterior es sumamente importante para comprender el modo normativo. Los textos normativos requieren que el operador jurídico les dé sentido, los interprete, pero esta acción está determinada por los hechos que pretenden regularse; no obstante, la reconstrucción de los hechos también está determinada por la manera en que el operador jurídico va dando significado a los textos normativos. En esta tarea, en el lenguaje jurídico, se da una interacción entre el lenguaje natural y el lenguaje técnico jurídico, y también se presentan tanto signos naturales como artificiales. Además, no basta solo tomar en cuenta la dimensión sintáctica del lenguaje, sino que es necesario asumir las dimensiones semántica y pragmática.

La última parte del esquema muestra que la aplicación del Derecho no es monológica, sino dialógica. Por eso se presenta una flecha de doble dirección que relaciona al operador jurídico con otro operador jurídico (el juez, por ejemplo). Al ser un lenguaje, que además es regulatorio, el carácter comunicativo del Derecho es esencial. Las decisiones no se toman a partir de un sujeto aislado, sino que se tiene que construir desde la acción comunicativa. Por eso, debe construirse dialógicamente la mejor decisión, o por decirlo con otras palabras, debe prevalecer el mejor argumento.

A partir de este esquema, se puede comprender que el modo normativo tiene dos momentos: interpretar y argumentar. No se tratan de momentos independientes, sino tan solo los distinguimos por razones pedagógicas, pues irremediabilmente se dan de manera simultánea y codeterminante.

Interpretar es dar sentido al texto normativo y dar sentido a los hechos. Es decir, en la aplicación del Derecho, se interpreta tanto el texto normativo para generar la norma jurídica, como se le da sentido a los hechos. Por su parte, argumentar es dar razones que justifiquen las decisiones que se toman.

En cuanto a la argumentación, Manuel Atienza (2009) propone tres concepciones: la formal, la material y la pragmática, que de alguna manera corresponden a cada una de las dimensiones del lenguaje jurídico.

La *argumentación formal* se refiere a la estructura correcta del argumento. En el lenguaje jurídico, corresponde de manera paradigmática a la lógica

jurídica. Hace abstracción del contenido de las premisas y las conclusiones, para prestar atención principalmente a la estructura del argumento. Es decir, determina las formas correctas en que de ciertas premisas se puede llegar a una conclusión válida.

La *argumentación material* se basa en dar premisas o buenas razones. No se queda en preguntarse por la forma o estructura del argumento, sino por lo que hace que una razón pueda considerarse como explicativa o justificativa de una decisión. Tiene que ver con demostrar que hay medios o valores adecuados para cumplir con cierta finalidad. Por ejemplo, “el sentir frío es una razón suficiente para encender la calefacción”.

Por último, la *argumentación pragmática* se refiere a la dimensión comunicativa de la argumentación; es decir, que a diferencia de la argumentación formal y material que pueden considerarse monológicas, la pragmática asume que el mejor argumento se construye a través del diálogo. De ahí, que la parte central de esta argumentación es asumir reglas fundamentales para que un diálogo sea válido, como pueden ser “ningún hablante puede contradecirse”; “Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto a debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a a en todos los aspectos relevante”, etcétera. (Atienza, 2009, p. 269).

La argumentación en la aplicación del Derecho debe contemplarse desde estas tres concepciones, pues son codeterminantes entre sí. Así como todo lenguaje tiene una dimensión sintáctica, semántica y pragmática, también la argumentación debe ser formal, material y pragmática a la vez.

3. Problemas y tareas del modo normativo

Siguiendo a Christian Courtis (2006, pp. 106-108), se puede considerar que algunos problemas que se plantean desde el modo normativo o dogmática jurídica, son:

- a) *Problemas de indeterminación lingüística*: Surgen cuando en los textos normativos nos encontramos con enunciados jurídicos que utilizan un lenguaje natural. Entendemos por tal, aquellos que no son técnicos o científicos, sino que dependen del uso común y constante por parte de la sociedad y, por lo tanto, su dinamicidad no puede ser controlada. Por lo tanto, en el Derecho, al usar este tipo de lenguaje, se encuentran las

“imperfecciones” propias del lenguaje natural: vaguedad, emotividad, textura abierta, vaguedad, entre otras.

Por otro lado, aunque sea más controlable por parte del legislador, la doctrina o la jurisprudencia, el lenguaje técnico jurídico también utiliza conceptos que están poco determinados, y cuya interpretación tendrá mucha relación con los contextos sociales y cómo se relacionen con otros textos normativos. En este caso, están términos como “moral pública”, “buenas costumbres”, “buena fama”, etc.

- b) *Problemas de carácter lógico*: Surgen cuando los textos normativos no cumplen con las estructuras lógicas, como los casos de normas incompletas, redundantes, entre otros.
- c) *Problemas por existencia de diversos tipos de normas*: Surgen a partir de que se asume que los sistemas jurídicos funcionan a través de la aplicación de diversos tipos de normas, por lo que, el texto normativo, puede adquirir diferentes aplicaciones.
- d) *Problemas surgidos del carácter sistemático del Derecho*: Surgen cuando se comprende que los diversos textos normativos forman parte de un sistema, y que entre ellos existe una diferente jerarquía. A partir de ahí, se plantean problemas cuando una norma inferior contradice una norma superior; cuando una norma inferior desarrolla de forma inadecuada el contenido de una norma superior; cuando una norma superior no es desarrollada por normas inferiores y, por lo tanto, surgen las lagunas jurídicas.

Estos problemas no deben considerarse aislados, sino interrelacionados. De ahí que, un análisis desde el modo normativo, implica la existencia de varios de estos problemas.

Para enfrentar dichos problemas, la investigación jurídica desde el modo normativo, puede desarrollar diferentes tareas (Courtis, 2006, pp. 1113-126), que van desde la más sencilla a la más compleja:

- a) *Una tarea sistematizadora*: Asumiendo, como se ha dicho, que el Derecho es un sistema de normas, este nivel del modo normativo consiste en ordenar, exponer y relacionar textos normativos que se refieren al problema de investigación. Por ejemplo, si se está investigando sobre

el problema de la explotación de recursos acuíferos, esta función se traduce en buscar los diversos textos normativos que, de alguna manera, tienen la pretensión de regular esos hechos. Pero, además, esta función toma en cuenta el carácter jerárquico y escalonado del sistema jurídico, por lo que deberá clasificar los textos normativos bajo este criterio. Así, se tendrán que relacionar textos normativos internacionales, constitucionales, legales, reglamentarios y hasta sentencias y criterios jurisprudenciales.

Hay que tener cuidado de no creer que esta función se limita tan solo en describir y ordenar los diversos textos normativos en relación a un problema. Si el conjunto de textos normativos es amplio, se tiene que realizar una tarea que rebasa la pura presentación y que tiene que generar una síntesis y evaluación. Esto significa que se debe realizar una explicación que permita comprender el sentido general y estructural de esta normatividad.

Una forma de dar esta explicación general consiste, según Curtis (2006, p. 114), en generar “teorías generales” de ciertos conceptos jurídicos. No obstante, la idea de una teoría general parece propia a la sistematización de las ramas del Derecho, y no tanto para la aplicación del modo normativo en problemas de investigación concretos. En efecto, en este nivel, esta tarea se traduciría en la capacidad del investigador jurídico de establecer las características generales, definir los conceptos jurídicos, determinar los principios y las reglas y/o presentar las categorías jurídicas que están presentes en ese conjunto de textos normativos que se han sistematizado.

- b) *Una tarea prescriptiva*: Dentro del modo normativo, esta tarea del investigador jurídico sería de segundo nivel. Ya no se quedaría tan solo en la función de sistematizar y dar sentido a un conjunto de textos normativos en torno a un problema de investigación, sino que detectaría problemas de interpretación y aplicación de los textos normativos y daría los argumentos necesarios para resolverlos. Busca demostrar que cierta opción de interpretación y aplicación de los textos normativos es más adecuada que las otras opciones. En efecto, aquí es donde se hacen presente los problemas que se señalaron anteriormente, y que Curtis (2006, p. 114-115) sintetiza de la siguiente manera:

i) problemas de determinación semántica del sentido de los términos de las normas o principios que se pretenden aplicables; ii) problemas de determinación teleológica y axiológica (por ejemplo, la discusión acerca de los fines de la norma y de los valores ella consagra); iii) problemas de compatibilidad sistemática (por ejemplo, la determinación de los alcances de la coexistencia de dos institutos que responden a justificaciones opuestas); iv) problemas de reconstrucción histórica (por ejemplo, la determinación del sentido originario de una norma o institución); v) problemas lógicos (por ejemplo, la solución de inconsistencias normativas).

Esta tarea dentro del modo normativo, como se dijo, necesariamente se refiere a la búsqueda de soluciones normativas a casos concretos, ya sea reales o hipotéticos. No se trata sólo de una enunciación mecánica y unívoca de la solución normativa, sino de una tarea dinámica y dialéctica, donde se analicen y confronten diversas posibilidades de interpretación y aplicación de los textos normativos a los casos concretos.

- c) *Una tarea crítico-prescriptiva*: Esta sería la tarea de tercer nivel en el modo normativo, en la que el investigador jurídico considera que, para resolver el problema planteado, no basta tan solo con discutir las posibles construcciones normativas a partir de los textos normativos sistematizados. Es necesario dar un paso más, y hacer la crítica a los límites de la normatividad vigente; es decir, que la solución del problema no puede darse dentro del sistema jurídico, y es necesario demostrar sus limitaciones y proponer un cambio en la normatividad. Su crítica iría dirigida a quien generó el texto normativo, ya sea al poder legislativo (ley), al poder ejecutivo (reglamento), al poder judicial (sentencias, jurisprudencia), o a organismos internacionales (tratados).

Es importante no perder de vista que las funciones se van complementando, mientras más compleja se haga la investigación bajo el modo normativo. Es decir, que para hacer una investigación prescriptiva es necesario también realizar una investigación descriptiva y, por lo tanto, para realizar una investigación crítico-prescriptiva, será indispensable haber realizado las investigaciones descriptivas y prescriptivas. A partir del problema planteado,

se debe en primer lugar sistematizar los textos normativos que pretenden su regulación; en segundo lugar, se deben detectar los problemas de aplicación e interpretación, y las diversas posibilidades de construcción de la solución normativa; y si estas soluciones no se consideran suficientes, entonces se realiza la crítica para demostrar esta insuficiencia y proponer una nueva normatividad.

4. El uso de principios y reglas

Como se comentó en la sección anterior, la manera de aplicar los distintos tipos de normas jurídicas es uno de los problemas que surgen dentro del modo normativo del Derecho. En esta sección, se analizará esta cuestión, ya que se trata de una manera de aplicar el Derecho que ejemplifica muy bien el modo normativo de investigación jurídica, tomando en cuenta los diversos elementos que se han explicado (la sintaxis, la semántica y la pragmática del lenguaje, además de las concepciones formal, material y pragmática de la argumentación jurídica). Además, se hará en función del funcionamiento de los derechos fundamentales.

4.1. Distinción de normas jurídicas

La discusión sobre la manera en que los derechos fundamentales deben estar estructurados en un texto constitucional, ha sido bastante difundida: si como reglas o como principios. Entre las diversas problemáticas que esto acarrea, interesan dos en este momento: si realmente se puede defender una diferencia entre las normas jurídicas llamadas principios y las llamadas reglas, y cuál debería ser la estructura más adecuada para los derechos fundamentales.

Para las corrientes que se engloban en el neoconstitucionalismo³, en términos generales, los derechos fundamentales son la base del sistema jurídico y, al estar contenidos en el texto constitucional, funcionan como límites

3. El término “neoconstitucionalismo” se refiere a un conjunto de corrientes del pensamiento jurídico que intentan renovar el constitucionalismo clásico nacido de las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Entre otros aspectos, destaca la importancia que tiene la efectividad de los derechos humanos en un sistema jurídico constitucional, así como una visión amplia del contenido de estos derechos –liberales, sociales, individuales, colectivos, etc.– (véase Prieto Sanchís, 2003: 101-135).

al legislador. En efecto, la legislación se encuentra sometida tanto formal como materialmente a la Constitución, en especial a su parte dogmática. Esto significaría el tránsito de un *Estado legal* a un *Estado constitucional*, donde las normas jurídicas no sólo están sometidas a un juicio de vigencia sino también a uno de validez. Y ésta no es solo una cuestión formal sino sustancial, en cuanto a que valora la coherencia de la ley con las normas constitucionales. En este sentido, Luigi Ferrajoli distingue entre la legalidad en sentido lato y la legalidad en sentido estricto:

a la legalidad en sentido lato, o *validez formal*, que exige solamente que sean predeterminados por ley los sujetos titulares y las formas de ejercicio de todo poder; y a la legalidad en sentido estricto, o *validez sustancial*, que requiere además que estén legalmente preordenadas y circunscritas, mediante obligaciones y prohibiciones, las materias de competencia y los criterios de decisión (Ferrajoli, 2009, p. 856).

Uno de las discusiones que ha acarreado la importancia de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo es el referente a la relación entre derecho y moral, pues se considera, en términos generales, que la división y separación categóricas ya no es procedente. La defensa del legalismo ético se considera, en términos de Bobbio (1992), como un positivismo ideológico⁴ que después de lo acontecido durante la Segunda Guerra Mundial ya no es coherente con los nuevos Estados democráticos y constitucionales. Esto porque la relación entre moral y derecho ya no se responde a través de una separación total, sino de asumir que si bien deben distinguirse no pueden estar incomunicados. Lo que lleva a considerar que los derechos humanos son incorporados al sistema jurídico como contenidos morales que son la finalidad del propio Derecho.

En cuanto a la discusión sobre cómo deben estructurarse los derechos fundamentales en el texto constitucional para su mejor funcionamiento

4. Legalismo ético nos referimos a la posición que defiende que el cumplimiento de la ley, por el puro hecho de la ley, es un acto moral. Por lo tanto, el Derecho sólo puede garantizar por sí mismo un valor: la seguridad jurídica. Los demás valores que pueden estar presentes en el contenido de una norma jurídica dependen de las discusiones políticas, de la decisión de las mayorías, pero no tienen que ver con el Derecho en sí mismo.

en el sistema jurídico, suelen darse tres modelos: como principios, como reglas, o de forma mixta. Esto tiene que ver, en gran parte, con una teoría de la norma.

Existen tres posiciones básicas respecto a los tipos de normas jurídicas. En primer lugar, la que sostiene que existen dos tipos de normas jurídicas, a saber, los principios y las reglas, y que se pueden establecer criterios claros y definitivos para diferenciarlos (*tesis fuerte de la separación*). En segundo lugar, la que sostiene que si bien existen los dos tipos de normas, la determinación no puede darse directamente sobre el texto constitucional, sino en función de cómo se construye la norma jurídica por parte del intérprete; es decir, que existe una diferencia entre lo que es el texto normativo y la norma jurídica, pues de aquél pueden generarse diversas normas jurídicas en función del trabajo del intérprete y, por lo tanto, puede generar tanto reglas como principios (*tesis débil de la separación*). Y, en tercer lugar, la que sostiene que no existe tal distinción y que, además, no es necesaria (*tesis de la conformidad*).

Las teorías neoconstitucionales son, en general, teorías principialistas al asumir la primera o segunda posición arriba mencionada. Es obvio que negar la distinción entre reglas y principios, afirmando que toda norma jurídica es una regla, imposibilitaría hablar de una teoría principialista y, por lo tanto, no habría discusión sobre si los derechos fundamentales deben construirse como reglas o como principios. Por lo tanto, asumimos que, ya sea de manera fuerte o débil –cuestión que no se profundizará– se puede hablar de la existencia de, por lo menos, dos tipos de normas jurídicas: los principios y las reglas.

Se han establecido diversos criterios para distinguir las reglas y los principios. En este trabajo, se explicarán algunos de ellos, pero ninguno es completo ni suficiente para distinguir con claridad las reglas y los principios, pero son importantes pues de ellos dependerá la manera en que el intérprete generará la norma nacida del texto jurídico: si como principio o como regla.

Tres de las diferencias más clásicas para distinguir principios y reglas son “el carácter hipotético-condicional”, el “modo final de aplicación”, y el “conflicto normativo” (Ávila, 2011, p. 58-70). Hagamos un breve comentario de cada uno.

- El carácter hipotético-condicional: Según este criterio, las reglas están construidas con un carácter de “Si... entonces”, “Si A entonces B”, donde claramente se establecen el supuesto y la consecuencia y, por lo

tanto, si se cumple en los hechos el contenido del antecedente se debe cumplir el consecuente. Por ejemplo, “Quien priva de la vida a otro (A) comete el delito de homicidio y tendrá una pena de 5 a 10 años de prisión (B)”. En cambio, los principios no tienen esta estructura y más bien son solo la descripción de una situación ideal; es decir, una estructura de “Debe ser C”. Por ejemplo, “el hombre y la mujer son iguales ante la ley”.

- El criterio de “modo final de aplicación”: Según este criterio, las reglas se aplican a través de un silogismo, de un juicio de subsunción. Es decir, si la estructura de la regla es “Si A entonces B”, se debe comprobar que en los hechos se actualiza la hipótesis A, y por lo tanto debe darse la consecuencia. Por ejemplo, “Quien priva de la vida a otro comete el delito de homicidio y tendrá una pena de 10 años de prisión”. “Juan mató a Pedro”. “Entonces Juan cometió el delito de homicidio y tendrá 10 años de prisión”. En cambio, los principios requieren de un trabajo argumentativo que justifique su aplicación al caso concreto, y que implica un juicio de ponderación⁵.
- El criterio del conflicto normativo: Este es tal vez el más conocido, debido a que ha cobrado gran importancia en la teoría de los derechos fundamentales. El conflicto normativo puede darse en abstracto y en concreto. El primero se refiere a “un conflicto conceptual que se produce cada vez que dos normas conectan dos consecuencias jurídicas incompatibles (y por lo tanto ofrecen dos soluciones incompatibles) a dos clases de hechos jurídicos” (Serpe, 2010, p. 48). Es decir, este conflicto no requiere de un hecho concreto que actualice el supuesto normativo, y por lo tanto esas reglas no pueden “convivir” en el sistema jurídico, ya que se entiende que éste es coherente. Por su parte, el conflicto en concreto aparece en la fase de aplicación de las normas jurídicas a un caso concreto, que “en abstracto” no se muestran como contradictorias. Supuesto esto, se afirma que el conflicto normativo de las reglas se da en abstracto y que, por lo tanto, una de las reglas en conflicto debe quedar sin validez o contener una excepción que supere el conflicto, y así salvar la coherencia del sistema jurídico. En cambio, el conflicto normativo

5. El juicio de ponderación es la técnica argumentativa para la aplicación de principios que analizaremos en un capítulo posterior.

de los principios se da en concreto, pues es necesario un caso concreto donde se dé cuenta que dos o más principios, que pueden convivir sin problemas en abstracto en el sistema jurídico, están en conflicto.

Estas tres diferencias entre principios y reglas han sido la base de análisis más profundos al respecto. Se trata de análisis que sostienen las limitaciones de dichos criterios y la necesidad de establecer criterios más sólidos.

Robert Alexy es uno de los exponentes más conocidos de la teoría principialista, a partir de su obra *Theorie der Grundrechte* (“Teoría de los derechos fundamentales”), publicada en 1985. En ella analiza la estructura de las normas consideradas derechos fundamentales, y establece que las normas pueden dividirse en dos clases: principios y reglas (Alexy, 1993). Alexy se inclinaría por la postura que considera la separación de principios y reglas de manera fuerte, pues para él existe un criterio que permite distinguir con toda precisión entre reglas y principios: los principios son *mandatos de optimización*, y las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no.

Para Alexy, los principios son normas jurídicas que “ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1993, p. 86). Entonces, los principios son *mandatos de optimización*, que pueden cumplirse en diferente grado y que su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas; en este sentido, las posibilidades jurídicas se determinan por principios y reglas opuestos al principio en cuestión. Por su parte, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no; son *del todo o nada*. Si una regla es válida entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible (Alexy, 1993, p. 67-68).

Otra diferencia consiste en el carácter *prima facie* que existe entre las reglas y los principios. Los principios al establecer que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas, no es un mandato definitivo sino sólo *prima facie* (Alexy, 1993, p. 99), es decir, que en un primer momento los principios mandan realizar algo, pero en un segundo momento su grado de cumplimiento será diferente según el caso concreto. En cambio, las reglas, al ser mandatos definitivos, contienen una determinación considerando las posibilidades jurídicas y fácticas, y si cuenta con imposibilidades de este tipo entonces

será una regla inválida, de lo contrario contará con validez definitiva. Ahora bien, esta validez puede perderse con cláusulas de excepción.

Un análisis también interesante sobre los criterios diferenciadores es el realizado por Humberto Ávila (2011, p. 64-70). Después de criticar las limitaciones de los criterios tradicionales, propone una diferenciación heurística. De hecho, él se ubica en la tesis débil de la separación, pues su criterio no se basa principalmente en el texto normativo en sí mismo, sino en la manera que el intérprete genera la norma jurídica; por eso se admite la coexistencia de principios y reglas en razón de una misma disposición. Para ello establece tres criterios diferenciadores:

1. Criterio de la naturaleza del comportamiento descrito: Este criterio se basa en el hecho de que tanto los principios como las reglas, describen un comportamiento que se debe de adoptar. En este sentido, las reglas son normas *inmediatamente descriptivas*, pues establecen obligaciones, permisos y prohibiciones mediante *la descripción de la conducta a ser adoptada*. Por su parte, los principios son normas *inmediatamente finalistas*, pues establecen *un estado de cosas* que requiere adoptar ciertos comportamientos para su realización.
Al ser normas jurídicas, tanto principios como reglas establecen un deber a cumplir. Pero por la manera de describir el comportamiento, los deberes mediato e inmediato son diferentes en cada tipo de norma. Así, el deber inmediato para los principios es la promoción del estado ideal de las cosas, mientras que para las reglas es la adopción de las conductas descritas. Y el deber mediato para las reglas es adoptar la conducta necesaria para lograr el estado ideal de las cosas, y el de las reglas es mantener la fidelidad a la finalidad subyacente y a los principios superiores que reportan a la regla.
2. Criterio de la naturaleza de la justificación exigida: Este criterio se refiere a las exigencias de argumentación que impone cada tipo de norma. La aplicación de las reglas requiere evaluar la correspondencia entre la construcción de los hechos y la construcción de la norma y de la finalidad que le da soporte. En cambio, la aplicación de los principios exige evaluar la correlación entre las consecuencias de la conducta considerada necesaria y la realización del estado de cosas puesto como *fin*.

3. Criterio de la medida de contribución a la decisión: Este criterio se refiere a la pretensión que tiene la norma de aportar a la decisión sobre el caso concreto. Los principios consisten en normas primariamente complementarias y preliminarmente parciales, en la medida en que, además de comprender sólo parte de los aspectos relevantes para una toma de decisión, no tienen la pretensión de generar una solución específica, sino de contribuir, junto a otras razones, a la toma de decisión.

Estos criterios de diferenciación conducen a Ávila a establecer las siguientes definiciones de principios y reglas:

Las reglas son normas inmediatamente descriptivas, primariamente retrospectivas y con pretensión de decidibilidad y comprensión, para cuya aplicación se exige la valoración de la correspondencia, siempre centrada en la finalidad que les da soporte o en los principios axiológicamente superiores, entre la construcción conceptual de la descripción normativa y la construcción conceptual de los hechos.

Los principios son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción (Ávila, 2011: 70).

Aunque con diferencias, la posición de Alexy y Ávila son cercanas en el sentido de que comprenden los principios como mandatos a construir o realizar un Estado deseado. Ya sea por considerarlos como mandatos de optimización o como normas inmediatamente finalistas. Siendo así, es necesario un trabajo de interpretación y argumentación que posibilite la aplicación del principio, que sin duda es diferente al de la aplicación de la regla.

4.2. Las normas de derechos fundamentales

En cuanto a la construcción de los derechos fundamentales, Alexy se pregunta cuál es el mejor modelo, y analiza las ventajas y desventajas de construir las normas como principios o como reglas; para él, ésta es una cuestión importantísima, pues sin dicha distinción no puede existir una

teoría adecuada de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría completa acerca del papel que tienen los derechos fundamentales en el sistema jurídico.

A partir de ese supuesto, Alexy separa las formas de aplicación de los principios en tres modelos. El primer modelo sería el “puro de principios”, donde las normas iusfundamentales serían principios y las reglas serían el resultado de ponderaciones. Sobre él, Alexy señala que sería “una ‘ilusión’ pensar que el problema de los límites del derecho fundamental puede ser solucionado a través de las disposiciones sobre reservas y restricciones que se encuentran en la Ley Fundamental” (Alexy, 1993: 96).

Al segundo le llama “modelo puro de reglas”, donde las normas de derechos fundamentales deben estar libres de ponderación; en este caso se plantearían los derechos fundamentales en tres tipos: sin reserva alguna, con reserva simple y con reserva cualificada. Sobre este, en general, Alexy considera que puede en unos casos proteger poco y en otro demasiado el contenido de los derechos. El tercer modelo, al que se suscribe Alexy, es el mixto, que surge de la vinculación de un nivel de principios con un nivel de reglas. En este sentido, en la mayoría de las Constituciones de los estados que se adscriben al neoconstitucionalismo encontramos el modelo mixto; es decir, una construcción de derechos fundamentales tanto como principios como reglas.

4.3. El método de ponderación

Una de las distinciones más defendidas entre reglas y principios tiene que ver, como se mencionó, con la solución de conflictos entre normas; es decir, cómo se resuelve el hecho de que dos normas jurídicas conducen a distintas soluciones. Los principios, por lo general, no implican un conflicto en abstracto, pero sí en concreto. Por ejemplo, nadie pensaría que el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la vida sean contradictorios; de hecho, en la mayoría de las Constituciones modernas y en varios tratados internacionales conviven sin problema alguno, siendo ambas normas jurídicas válidas. No obstante, puede suceder que en un caso concreto, un grupo religioso argumente que bajo la protección de su libertad religiosa puede realizar sacrificios de infantes, debido a que es un postulado de su fe y que el Estado no puede expedir norma alguna que se los prohíba ni ejercer

persecución en contra de su práctica.⁶ Pero por otro lado, existe el derecho a la vida, lo que en el caso concreto significaría la obligación del Estado de expedir leyes que eviten la privación de la vida.⁷ En efecto, se está con un conflicto de principios, pero solo en el caso concreto⁸.

Para Alexy (1993), el conflicto entre reglas es solucionado a través de dos opciones: introduciendo una cláusula de excepción a una de las reglas que supera el conflicto, o declarando inválida una de las reglas. Por lo tanto, la anulación de una de las reglas puede darse a través de postulados jurídicos como “ley posterior deroga ley anterior” o “ley especial deroga ley general”. En cambio, cuando dos principios entran en conflicto, uno de ellos debe ceder ante el otro, pero esto solo bajo circunstancias concretas. El principio que es aplicado es aquel que, en función del caso concreto, tiene mayor peso:

Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez: la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso (Alexy, 1993, p. 89).

Lo anterior tiene como supuesto que los derechos humanos –estructurados como principios– no son absolutos, pues en lo general admiten restricciones y son *derrotables* ante otros principios o derechos humanos.

-
6. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 12.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala: “Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias”.
 7. La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 4.1, señala: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley...”.
 8. Cabe señalar que este ejemplo sirve para profundizar en las razones que tienen los defensores de la tesis principialista en la construcción de derechos fundamentales. Si el derecho a la libertad religiosa fuera una regla (y sólo una regla), entonces al ser un mandato definitivo, de aplicación absoluta, el legislador no podría establecer norma alguna que impidiera las prácticas religiosas. Por lo tanto, el delito de infanticidio sería inconstitucional y violatorio del derecho a la libertad religiosa en contra del grupo religioso del ejemplo. No obstante, al constituirse como principio entra en conflicto con otros principios en casos concretos.

Las restricciones a los derechos fundamentales se encuentran en la propia Constitución, ya sea que en su mismo texto se enumeren los principios por los cuales otro principio es “derrotable” –restricciones constitucionales directas– o bien que expresamente el constituyente haya delegado al legislador ordinario la tarea de restringir el derecho –restricciones constitucionales indirectas– (Alexy, 1993, p. 273). Pero también sucede que el legislador ordinario expida una ley que restrinja un derecho humano en razón de cumplir otro derecho humano.

Si bien los derechos humanos no son absolutos y admiten restricciones, éstas no pueden ser discrecionales por parte del legislador; éste tiene que demostrar y argumentar razones para limitarlos. El legislador debe demostrar que su acción establece una regla que está en función de cumplir un principio que tiene mayor peso que el principio restringido. Pero también pueden darse los *casos difíciles* en controversias judiciales, donde dos principios que contienen derechos humanos colisionen.

Ante dichas situaciones, tanto el legislador como el juzgador deben atender a un *test* de razonabilidad. La determinación del principio con mayor peso específico se realiza, siguiendo a Alexy, a través del juicio de ponderación. Al respecto, señala Marco Aurelio González:

Alexy comienza enunciando las condiciones limitadoras de una argumentación jurídica; a saber: la sujeción a la ley y la consideración a los precedentes, a la dogmática y a las reglas del ordenamiento procesal. Estas condiciones limitadoras logran excluir algunos enunciados posibles e incluir o determinar las posibles soluciones. A partir de este escenario, entiende que la discusión ponderativa que sigue debe entenderse como una tópica que consiste en dotar de razón a las concepciones valorativas a través de una argumentación coherente, que al momento de reconocer la libertad de ideas, garantice la racionalidad de las mismas. (González, 2011, p. 35)

El juicio de ponderación tiene su fundamento en *el principio de proporcionalidad*, que se le ha catalogado como un *metaprincipio* del ordenamiento jurídico, es decir, un principio último al que deben atender las restricciones de los derechos humanos y que es un medio óptimo para resolver los conflictos. A su vez, este principio contiene tres subprincipios, que son:

el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto.

El *subprincipio de adecuación* consiste en determinar si la medida es idónea para promover el principio o derecho que se busca satisfacer; es decir, se debe demostrar que esa medida que imponga el legislador, el juez o el ejecutivo verdaderamente sirve para proteger un derecho o principio. Por lo tanto, solo se puede afectar un determinado principio cuando la medida promueva a la vez otro principio. El juicio de idoneidad exige que la agresión del contenido constitucional prima facie de un derecho fundamental debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida y debe además ser apta para conseguir esa finalidad. Si la restricción, el sacrificio o la lesión de un derecho fundamental cumplen estas exigencias, deberá ser considerada como una medida que ha superado el juicio de idoneidad (Castillo, 2010, p. 305).

El *subprincipio de necesidad* consiste en que entre las diversas opciones que pueden existir para satisfacer un principio, se debe elegir la que afecte en la menor medida al otro principio. Este subprincipio está condicionado al de idoneidad, es decir, presume la existencia de varios medios entre los que es posible optar. Si, por el contrario, no hay más que un camino idóneo para la satisfacción de la finalidad perseguida, será necesario debido a que no habrá elección posible (Fernández, 2009, p. 359).

Por último, una vez que se verifica que la medida es idónea y necesaria, se requiere demostrar su proporcionalidad. Para esto, el *subprincipio de proporcionalidad* en sentido estricto hace alusión a una técnica de ponderación, que se compone principalmente por la ley de la ponderación y la fórmula del peso.

Alexy enuncia la *ley de ponderación* de la siguiente manera: “Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2010, p. 30). En efecto, la ponderación consiste en tres escalones: a) Determinar el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios; b) determinar la importancia de la satisfacción del principio contrario; c) determinar si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la no satisfacción o restricción del otro principio.

La *fórmula del peso* es propuesta por Alexy para demostrar la racionalidad que existe dentro del juicio de ponderación, con tres variables: 1) el

grado de afectación de los principios en el caso concreto; 2) el peso abstracto de los principios relevantes; 3) la seguridad de las apreciaciones empíricas (Alexy, 2007, p. 30). La establece de la siguiente manera:

$$Gi.j = \frac{Ii.Gi.Si}{Ij.Gj.Sj}$$

Donde I es el grado de intromisión o cumplimiento de los principios i y j ; G es el peso abstracto de los principios en colisión; y S es el grado de seguridad de que empíricamente se lleve a cabo la afectación y el cumplimiento. El cociente de la fórmula resolvería el conflicto, es decir, señalaría si la satisfacción del principio j es mayor que la afectación al principio i . (Alexy, 2010, p. 33).

Alexy reconoce que, en la interpretación y argumentación jurídicas, y en especial en la de carácter constitucional, no se utilizan números, y que estos son necesarios para obtener un resultado en la fórmula propuesta. Sin embargo, para él, “la respuesta a esta objeción puede comenzar con la observación de que las fórmulas lógicas utilizadas para expresar la estructura de la subsunción no se usan en la argumentación jurídica, sin embargo, esto no cambia que estas sean el mejor medio para hacer explícita la estructura inferencial de la aplicación de reglas” (Alexy, 2007, p. 34). En efecto, se puede usar para representar la estructura inferencial de la aplicación de los principios con la ayuda de números, utilizados para las variables de la fórmula del peso. Es decir, que para referirse a los grados de interferencia (afectación o cumplimiento) en los principios se utiliza tres valores: leve (l), medio (m) y grave (s). Lo que toma importancia es la forma en que se puede justificar los grados de interferencia, es decir, porque se dice que la interferencia de un principio es medianamente grave, o ligeramente mediana o medianamente media. Esta justificabilidad de las oraciones sobre la intensidad es, sin embargo, un presupuesto de la racionalidad de la ponderación.

Para hacer las cosas aún más fáciles en la aplicación, Alexy adjudica un valor numérico para representar cada uno de los grados de interferencia antes mencionados: leve = 1 (2^0), medio = 2 (2^1) y grave = 4 (2^2). En la fórmula del peso las premisas se representan a través de cantidades numéricas, que se apoyan en juicios.

De lo anterior se concluye que las vulneraciones leves de un derecho fundamental (con valor 1) ceden ante la protección media y grave de otro derecho fundamental (con valores 2 ó 4); las vulneraciones medias de un derecho fundamental (con valor 2) ceden ante las protecciones graves (con valor 4). Al contrario, las vulneraciones graves y medias de derechos fundamentales (con valor 4 y 2) no ceden ante protecciones leves de otro derecho fundamental (con valor 1), y las vulneraciones graves (con valor 4) no ceden ante protecciones medias (con valor 2). Con lo cual nos quedan tres casos de empate, que según Alexy el legislador goza de cierta discreción para afectar uno u otro derecho; es decir que, en caso de empate, las restricciones establecidas por la ley al ejercicio de un derecho fundamental están justificadas.

Con esta fórmula del peso, Alexy busca demostrar que la ponderación es una forma de argumentación del discurso jurídico racional, y explica:

Como un esquema de interferencial expresado por la fórmula del peso, la ponderación es una estructura formal, que como tal no contiene sustancia alguna. La aplicación de la fórmula del peso requiere, sin embargo, que el contenido —explicado por juicios sobre la intensidad de la interferencia, el peso abstracto y la seguridad de las premisas empíricas— sea puesto en las variables de la fórmula del peso. Por esta razón uno puede decir que la ponderación es procedualmente sustantiva (Alexy, 2007, p. 37).

Cabe insistir que Alexy pretende con esta fórmula demostrar que la ponderación es un juicio racional. Pero por la naturaleza interpretativa y argumentativa del derecho, la fórmula es solo una propuesta que requiere de justificación para los valores dados, tomando en cuenta que sólo se puede justificar aquello que se puede comprender. Es decir, la representación matemática de la fórmula es una herramienta del derecho, que no se aplica como si fuera de una ciencia exacta, pues no buscan soluciones precisas o unívocas, sino que es una ayuda a encontrar la mejor solución a casos concretos. Pero los valores no surgen directamente de los hechos, sino que será mediante el uso de argumentos que se podrá justificar cada uno de los valores dados en fórmula.

Ahora bien, ¿la racionalidad de la ponderación queda demostrada totalmente con la fórmula del peso? Es decir, en un caso concreto, ¿basta con

una interpretación y una argumentación que dotan de valores a la fórmula para hacer correctamente una ponderación de derechos? En este punto, han existido diversas objeciones a Alexy, considerando que el juicio de ponderación no se agota con la fórmula del peso. Se verá a continuación una de estas críticas y cómo una racionalidad analógica se muestra para comprender de manera más completa el juicio de ponderación.

La aplicabilidad de los derechos fundamentales, sobre todo en el caso de la ponderación, ha implicado una discusión sobre la generalidad de la ley y, por lo tanto, sobre el cumplimiento de la seguridad jurídica o principio de legalidad. En efecto, si la ponderación en casos concretos es siempre *ad hoc*, esto conlleva que una sola característica peculiar del caso puede ser la justificación para dar una solución totalmente distinta de aquélla que se dio a un caso anterior (Pulido, 2003, p. 188-189). Al respecto, señala José Juan Moreso (2009, p. 234):

De este modo, se veda uno de los modos de control racional de las decisiones judiciales: aquel basado en la articulación de dicho tipo de decisiones. Es más [,] se sustituye un modelo generalista de toma de decisiones, por otro de carácter particularista, una sola propiedad diferente (y, como ha de resultar obvio, si dos casos individuales son diferentes entonces tienen al menos una propiedad diferente) puede comportar una solución diversa para el caso.

En otras palabras, la jurisprudencia deja de ser un elemento importante en el sistema jurídico, y su pretensión de establecer criterios para unificar en lo posible los criterios judiciales dejaría de existir. El derecho no sería un sistema general de toma de decisiones para solucionar conflictos, sino que se vuelve un sistema de toma de decisiones particularistas.

Esto se refiere a lo comentado en líneas anteriores sobre los modelos de construcción de los derechos fundamentales. Un sistema basado en reglas aseguraría ser generalista, pues al ser mandatos definitivos no habría necesidad de ponderar y por lo tanto bastaría con la construcción conceptual del hecho para subsumirlo al supuesto normativo. Los precedentes judiciales tendrían la función de unificar los criterios de interpretación y comprensión de los hechos, pero es claro que no habría una acción judicial más profunda, de ser creadora de normas o de derecho. En cambio, un sistema basado en

principios conduciría a un sistema particularista, donde cada caso podría ser resuelto de modo totalmente diferente a los anteriores, pues bastaría encontrar una sola diferencia para construir un juicio de ponderación distinto. Los precedentes judiciales perderían su función de armonizar la tarea judicial, pues se daría pie a un activismo judicial tan amplio que los jueces se vuelven auténticos legisladores para cada caso en concreto.

Lo anterior se puede plantear desde la perspectiva de la hermenéutica analógica. Mauricio Beuchot (2000, p. 52) señala que “en la interpretación univocista se defiende la igualdad de sentido, en la equivocista, la diversidad. En cambio, en la analógica se dice que hay un sentido relativamente igual (*secundum quid idem*) pero que es predominante y propiamente diverso (*simpliciter diversum*) para los signos o textos que lo comparten”. Y también afirma que “lo análogo es lo que se predica o se dice de un conjunto de cosas en un sentido en parte idéntico y en parte distinto, predominando la diversidad” (Beuchot, 2000, p. 38). En este sentido, se encuentran dos extremos: por un lado, un sistema generalista que busca para todo caso una misma solución, lo que tiende a la univocidad debido a que se busca agrupar todos los casos en un conjunto unívoco que desconoce las diferencias entre ellos. Por otro lado, un sistema particularista que busca para todo caso una solución distinta y *ad hoc*, lo que tiende a la equivocidad ya que se considera a cada caso como un conflicto de principios que tendrá su propio peso específico.

Lo anterior llevaría a asumir una de dos posiciones: Considerar que la única manera de asegurar la generalidad del sistema jurídico es el uso de reglas y del juicio de subsunción, excluyendo la formulación y uso de principios y el juicio de ponderación; o considerar que el juicio de ponderación y el uso de principios no puede ser sometido a un control racional, dando pie al equivocismo. No obstante, si se considera que el juicio de ponderación responde a una racionalidad analógica, se puede completar la propuesta de Alexy, evitando caer en el particularismo pero sin sacrificar el reconocimiento de las diferencias en los casos concretos.

4.4. La hermenéutica analógica y la aplicación de los derechos fundamentales

En esta sección se delinearé una manera en que la hermenéutica analógica puede colaborar con la aplicación de los derechos fundamentales cuando

estos se construyen como principios en el texto constitucional. Es decir, se expondrá una alternativa donde se muestre que en el juicio de ponderación encontramos una racionalidad analógica. Para este fin, nos valdremos de autores críticos a Alexy que han propuestos otros modelos de ponderación⁹, y a partir de sus propuestas se descubrirá lo analógico.

Se parte de las definiciones de reglas y principios dadas por Humberto Ávila, y comentadas en párrafos anteriores. En ellas, uno de los elementos diferenciadores se refiere a la manera en que la norma jurídica establece la conducta debida. Los principios, se señaló, son normas inmediatamente finalistas, primariamente prospectivas y con pretensión de complementariedad y parcialidad, para cuya aplicación se requiere una valoración de la correlación entre el estado de cosas que debe ser promovido y los efectos derivados de la conducta considerada necesaria para su promoción. En efecto, la tarea de aplicación de los principios, a través de un juicio de ponderación, no es sólo determinar cuál principio tiene más peso –cuál principio debe ceder ante otro–, sino también lograr *especificar* para un caso concreto la conducta debida que logre el fin establecido en el principio. Es decir, una tarea de la ponderación es lograr que los principios sean especificados a través de *nuevas* reglas que establezcan descriptivamente la conducta debida. Por supuesto, se trataría de una conducta debida en función de su correspondencia con el logro de la finalidad establecida en el principio, y que corresponde a las características del caso concreto. No obstante, esta tarea de *especificar* generaría un conjunto de *nuevas* reglas que podrán no solo resolver el caso en concreto, sino todos aquellos que guarden *semejanza*. Veamos cómo, utilizando un ejemplo.

Recuérdese el caso del inicio del programa “Hoy-no-circula” en la Ciudad de México¹⁰. Esta política pública impide la circulación un día de la semana a los automóviles. En su momento, se recurrió a la protección constitucional (Juicio de Amparo), bajo el argumento que el programa violaba el artículo 11 de la Constitución mexicana que establece el derecho de libertad de tránsito. Este artículo señalaba que “todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de

9. Principalmente seguiremos a José Juan Moreso (*op. cit.*), Humberto Ávila (*op. cit.*) y a David Martínez Zorrilla (“Los conflictos entre principios y la ponderación” en *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 129-179).

10. En Ecuador, este programa se conoce como “pico y placa”.

residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes”, y las limitaciones a que se refiere son las establecidas por la autoridad judicial en casos de responsabilidad criminal o civil, y por la autoridad administrativa en casos de emigración, inmigración y salubridad. El texto constitucional bien puede ser considerado un principio, pues describe un estado ideal, una finalidad que lograr, o en términos de Alexy, es un mandato de optimización. En este sentido, una pregunta para el amparo podría ser: ¿La conducta establecida en el reglamento de la Ley ecológica es o no acorde a tal finalidad? Es decir, ¿impedir el uso por un día del vehículo es contrario a la finalidad establecida en el derecho de libertad de tránsito?

Ahora bien, el asunto fue resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de México de la siguiente manera:

VEHICULOS AUTOMOTORES QUE CIRCULAN EN EL DISTRITO FEDERAL Y LOS MUNICIPIOS DE SU ZONA CONURBADA. LOS ARTICULOS 7o., FRACCION VIII, 32, FRACCIONES I Y II, Y 34, DEL REGLAMENTO DE LA LEY ECOLOGICA PARA LA PREVENCION Y CONTROL DE LA CONTAMINACION GENERADA POR AQUELLOS, Y LOS ARTICULOS 48 Y 49, DEL REGLAMENTO DE TRANSITO DEL DISTRITO FEDERAL, NO SON VIOLATORIOS DE LA GARANTIA DE LIBERTAD DE TRANSITO. Los ordenamientos legales invocados no vulneran la garantía de libre tránsito contenida en el artículo 11 constitucional, pues aun cuando establecen restricciones a la circulación de vehículos automotores en el Distrito Federal y su zona conurbada, ello no implica que se esté coartando al gobernado la posibilidad de transitar libremente por el territorio nacional, incluyendo el área especificada, habida cuenta que la garantía individual que consagra **la norma constitucional supracitada no consiste en el derecho al libre tránsito en automóvil**, sino en el derecho que tiene “todo hombre”, es decir, toda persona en cuanto ente individual, para entrar, salir, viajar y mudar su residencia en la República sin que para ello requiera de documentación alguna que así lo autorice, pero siempre refiriéndose al desplazamiento o movilización del individuo, sin hacer alusión en lo absoluto al medio de transporte,

por tanto, ha de considerarse que la garantía del libre tránsito protege al individuo únicamente, no a los objetos o bienes en general, del mismo.¹¹

En este caso, la SCJN no reparó en la diferencia entre las normas constitucionales que son principios y las que son reglas¹², y su trabajo como intérprete del artículo 11 constitucional fue construir la norma como regla. Así, su manera de resolver el amparo fue a través de la subsunción y utilizó técnicas clásicas de interpretación: interpreta el supuesto normativo de la regla, para luego realizar el silogismo donde la premisa inferior es el contenido del reglamento de la Ley ecológica. Es decir:

- **Premisa mayor:** Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo-conducto u otros requisitos semejantes. [Acto de interpretación: “Todo hombre” se refiere a la persona física y no incluye vehículos automotores].
- **Premisa menor:** El reglamento de la Ley ecológica restringe el tránsito a vehículos, no a personas físicas.
- **Conclusión:** El reglamento de la Ley ecológico no viola la libertad de tránsito.

Este ejemplo nos ilustra una de las razones, comentadas anteriormente, por las que Robert Alexy considera necesario que el modelo de construcción de derechos fundamentales en las constituciones sea mixto. La SCJN pudo optar por un juicio de ponderación para resolver este amparo, lo que le

11. Época: Novena Época. Registro: 200219. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, febrero de 1996. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: P. V/96. Página: 173. Amparo en revisión 4512/90. Gilberto Luna Hernández. 14 de noviembre de 1995. Unanimidad de once votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: José Pablo Pérez Villalba. El pleno aprobó, con el número V/1996 la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia.

12. Cabe señalar que la jurisprudencia es de 1996. De entonces a la fecha, tanto el marco de interpretación que ofrece la Constitución mexicana, como los modos de argumentación del Poder Judicial Federal, han cambiado. Se toma este caso porque constituye un buen ejemplo para ilustrar esta propuesta.

hubiera posibilitado llegar a la misma conclusión, pero con el respaldo de una argumentación más sólida y construyendo un mejor precedente judicial.

Tomemos en cuenta que, al establecer jurisprudencia al respecto, la SCJN señaló una restricción general a la libertad de tránsito: esta libertad no incluye el vehículo en que se mueve la persona. Pero desgraciadamente se trata de una restricción que fue construida *ad hoc* para el caso concreto, sin tomar en cuenta las circunstancias de otros casos. Por ejemplo, si un Estado de la República estableciera en su Ley de Tránsito la restricción de que ningún automóvil puede salir de la ciudad si no muestra una autorización especial de la Secretaría de Gobierno, entonces no se estaría violando la libertad de tránsito, pues ésta no protege el vehículo sino solo a las personas. Entonces se podría llegar a la situación, si la Secretaría de Gobierno negara los permisos, de vivir en un cerco de facto pues si una persona deseara salir de la ciudad tendría que hacerlo a pie. Es obvio que esto dejaría irreconocible el contenido de la libertad de tránsito, pues en los hechos se está imposibilitando que una persona se mueva, por ejemplo, de San Luis Potosí a Aguascalientes.

El otro camino para resolver el asunto sería construir la norma jurídica como principio, y establecer el conflicto con otro principio. Así se tendría una colisión entre el derecho a la libertad de tránsito y el derecho a un medio ambiente sano. Siguiendo el esquema de Alexy, se tendría que establecer en el juicio de ponderación, por lo menos, el grado de interferencia a cada principio, y se debería argumentar que la satisfacción al derecho al medio ambiente sano es mayor que la restricción a la libertad de tránsito. De alguna forma se tendría que demostrar, por ejemplo, que el grado de satisfacción al derecho al medio sano es media o grave (valor de 2 ó 4) y que la restricción a la libertad de tránsito es leve (valor de 1). No obstante, como se señaló, esta ponderación sería totalmente particularista y no aportaría a los precedentes judiciales, ni a un sistema con pretensión de decisión general.

Ahora bien, el otro camino para realizar la ponderación sería buscar especificar las conductas que son debidas al estado ideal establecido como finalidad en el principio, y desde ahí generar las reglas necesarias. Es decir, considerar la ponderación como “la operación que permite pasar de las normas que establecen derechos fundamentales, que tienen la estructura de principios –pautas con las condiciones de aplicación abiertas–, a reglas –pautas con las condiciones de aplicación clausuradas–, con las cuales es

posible llevar a cabo la subsunción, en el ámbito de un problema normativo determinado” (Moreso, 2009, p. 237-238). Es en este proceso donde se hace presente una racionalidad analógica.

La primera etapa de la ponderación sería delimitar el problema normativo, o en otras palabras, el *universo del discurso*. De todas las acciones que podrían abarcar el asunto, se reduciría a un conjunto. En el ejemplo, el universo del discurso podría ser: las acciones de la administración pública sobre la protección *al medio ambiente* que afectan el tránsito de vehículos. Por supuesto, que esta decisión tiene que estar justificada a través de una argumentación, pues el intérprete podría establecer otro universo del discurso, por ejemplo, “las acciones de la administración pública sobre la protección *a la salud* que afectan el tránsito de vehículos”.

La segunda etapa consistiría en identificar las pautas *prima facie* aplicables a este ámbito de acciones. Es decir, los derechos fundamentales o los bienes jurídicamente protegidos en la Constitución. Es obvio que en nuestro ejemplo estaríamos hablando de los principios de libertad de tránsito y derecho a un ambiente sano. Pero además de esta identificación, es importante cambiar *los fines vagos por el fin específico* de los principios. Es decir, se requiere argumentar que el fin general establecido por el principio, significa un fin específico en el caso concreto. Por ejemplo, se tendría que argumentar que el derecho al medio ambiente sano, que como fin general significa que toda persona debe disfrutar de un ambiente adecuado, tiene como un fin específico la protección de la calidad del aire que se respira. O, en otras palabras, a partir de la obligación general del Estado a cuidar el ambiente, se especificaría a la obligación de cuidar la calidad del aire. Y, por otro lado, se tendría que demostrar –al contrario, como lo hizo la SCJN– que la obligación del estado de respetar la libertad de tránsito de “todo hombre”, incluye la obligación de respetar el medio en que se transporta¹³.

Las siguientes etapas están estrechamente ligadas entre sí; si las presentamos en un orden es por razones de exposición, pero caminan en cierta

13. Para hacer esta tarea, por ejemplo, Humberto Ávila recomienda: “(a) leer la Constitución Federal, con especial atención en las disposiciones relacionadas con el principio objeto de análisis; (b) relacionar las disposiciones en función de los principios fundamentales; (c) intentar disminuir la vaguedad de los fines mediante el análisis de las normas constitucionales que pueda, de forma directa o indirecta, restringir el ámbito de aplicación el principio” (Ávila, 2011, p. 82).

forma de manera paralela para lograr el fin principal: “sustituir el fin vago por conductas necesarias para su realización” (Ávila, 2011, p. 82).

En la tercera etapa, se determinarían casos paradigmáticos que puedan colaborar con la aclaración de las condiciones que componen el estado ideal de cosas que han de buscar los comportamientos necesarios para su realización. Pueden ser casos reales o hipotéticos que refieran el ámbito normativo establecido en las etapas anteriores. Aquí es donde la ponderación estaría recuperando los precedentes judiciales, evitando caer en una decisión particularista que ignorara la jurisprudencia. Por ejemplo, se podrían revisar jurisprudencias sobre otras políticas públicas en materia ambiental, o maneras en que se trató las limitaciones de la libertad de tránsito en otros asuntos.

En un cuarto momento, se establecerían las *propiedades relevantes* del universo del discurso. Es decir, en función de las otras etapas, ¿cuáles serían las características que se vuelven relevantes para comprender los fines propuestos por los principios en conflicto? ¿Cuáles serían las propiedades relevantes para especificar las conductas necesarias que sus efectos son coherentes con los fines señalados? Además, esta etapa también consistiría en verificar la existencia de criterios capaces de posibilitar la delimitación de los bienes jurídicos que componen el estado ideal de cosas y de los comportamientos considerados necesarios para su realización.

En el ejemplo utilizado, sin profundizar por razones de espacio, se podrían por lo menos establecer las siguientes *propiedades relevantes*:

- a) Temporalidad de la restricción de uso del vehículo.
- b) Relación de la calidad del aire y el uso del vehículo.
- c) Situación del tráfico en el área a imponer la restricción.

Por supuesto que se podrían establecer más propiedades relevantes, pero probablemente muchas de ellas no corresponderían al universo del discurso establecido previamente. Por ejemplo, tomar en cuenta el uso o tipo del transporte, pues podría ser para personas con discapacidad, para servicio público o para servicio escolar, con lo que se pondrían en juego otros principios constitucionales (no-discriminación, derecho a la movilidad, y derecho a la educación, respectivamente).

La sexta etapa, sin duda una de las centrales, consistiría en la formulación de las reglas que resolverían todos los casos semejantes. No se trata de

una solución unívoca sino análoga. Se establecerían las reglas para resolver casos que son semejantes entre sí debido a participar en el mismo universo del discurso y que le son aplicables los mismos principios, pero que entre ellos guardan diferencia.

En esta etapa es cuando el modelo de Alexy entra en función, pues los subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, se utilizarían en la formulación de las reglas. Así, en nuestro ejemplo, la idoneidad y la necesidad de la medida del “hoy no circula” estarían presentes en la formulación de las reglas a partir de las tres propiedades relevantes que establecimos: Para proteger la calidad del aire, ¿es idóneo que los vehículos dejen de transitar un día? ¿A cuáles vehículos es necesario limitar su tránsito para cuidar la calidad del aire? Según la ciudad de que se trata, ¿no existirían otras medidas menos lesivas a la libertad de tránsito que logran proteger igualmente la calidad del aire? ¿La medida es necesaria aplicarla de la misma manera todos los días y épocas del año? También funcionaría el subprincipio de proporcionalidad y la fórmula del peso: ¿Cuánto tiempo podría durar la restricción a la circulación del automóvil para que su afectación sea menor que el grado de satisfacción de la protección de la calidad del aire? La respuesta a estas preguntas constituiría parte de la argumentación necesaria para la construcción de las reglas.

Sin ahondar a profundidad, se generarán las reglas, considerando las tres propiedades relevantes: T = Temporalidad de la restricción; R = Relación de la calidad del aire y el uso del vehículo; S = Situación del tráfico. En efecto, se podrían establecer los siguientes criterios:

- T = Una suspensión de más de 48 horas a la semana, sería improporcionada y dejaría irreconocible el contenido del derecho fundamental de libertad de tránsito. Pero una suspensión de 48 horas o menos a la semana, en función de una medida idónea y necesaria, no violaría el derecho de tránsito.
- R = Sólo los automóviles cuya emisión de gases impacten significativamente en la calidad del aire, es idónea y necesaria su restricción.
- S = En los días, épocas del año o en ciudades donde el parque vehicular o la densidad del tráfico es significativo en el impacto de la calidad del aire, la satisfacción al cuidado del medio ambiente tendría más peso que la restricción a la libertad de tránsito.

Siguiendo estos criterios que, por supuesto deberán estar debidamente argumentados y sustentados en interacción con las otras etapas, tendríamos las siguientes combinaciones:

Caso	T	R	S	R1	R2	R3
1	*	*	*			DAS > DLT
2	*	*	X		DLT > DAS	
3	*	X	*		DLT > DAS	
4	*	X	X		DLT > DAS	
5	X	*	*	DLT > DAS		
6	X	*	X	DLT > DAS		
7	X	X	*	DLT > DAS		
8	X	X	X	DLT > DAS		

DAS = Derecho a un ambiente sano; DLT = Derecho de libertad de tránsito

De lo cual se formulan las siguientes reglas:

- R1 = El Derecho a la libertad de tránsito prevalece sobre el Derecho al ambiente sano si la temporalidad de restricción de circulación del vehículo no es proporcional (48 horas a la semana como máximo).
- R2 = El Derecho a la libertad de tránsito prevalece sobre el Derecho al ambiente sano si la temporalidad de restricción de circulación del vehículo es proporcional, la generación de gases del vehículo no impacta significativamente con la calidad del aire, o la situación del tráfico, según la época, el día o la ciudad, no tiene gran impacto con la calidad del aire.
- R3 = El Derecho al medio ambiente sano prevalece si la temporalidad de restricción de circulación del vehículo es proporcional, la generación de gases del vehículo impacta significativamente con la calidad del aire, y la situación del tráfico, según la época, el día o la ciudad, tiene gran impacto con la calidad del aire.

Como vemos, aunque se parte de un caso concreto, la racionalidad analógica que sustenta la ponderación posibilita establecer las reglas para resolver los casos semejantes, que comparten las mismas propiedades relevantes. Esto posibilita que la ponderación no sea simplemente un sistema particularista de resolución de colisiones de derechos, sino que tendría la pretensión de generalidad sin caer en la univocidad. En función de la tabla anterior, la SCJN pudo haber resuelto la constitucionalidad del “Hoy no circula” aplicando la regla R3, pues el caso que analiza es el “1”. Esto sin la necesidad de señalar que el automóvil no está protegido por la libertad de tránsito.

Una última etapa consistiría en analizar otros casos que deberían o podrían decidirse con base en los resultados de la misma ponderación. Así, por ejemplo, a partir de las reglas generadas, podríamos resolver casos semejantes:

- a) El caso “3” sería, por ejemplo, la aplicación de un programa “Hoy no circula” que se aplicara en una ciudad con alto parque vehicular, pero que pretendiera restringir la circulación de vehículos eléctricos o de bicicletas. En efecto, se aplicaría la regla R2, y la libertad de tránsito tendría mayor peso específico. El reglamento sería inconstitucional.
- b) El caso “5” sería, por ejemplo, la aplicación del “Hoy no circula” en la Ciudad de México, pero con una restricción temporal desproporcionada, donde se prohibiera la circulación durante tres días por semana. Por lo tanto, se aplicaría la regla R1, y la libertad de tránsito tendría mayor peso específico. El reglamento sería inconstitucional.
- c) El caso “2” sería, por ejemplo, la aplicación del “Hoy no circula” en la Ciudad de México, los días domingo, cuando la carga del tráfico no impacta en la calidad del aire. Por lo tanto, se aplicaría la regla R2, y la libertad de tránsito tendría mayor peso específico. El reglamento sería inconstitucional.

Una ponderación de este tipo posibilita no solo resolver el caso individual en disputa, sino también todos aquéllos otros que compartan las mismas propiedades relevantes, pero considerando sus propias características. Esto contribuye a la generación de una jurisprudencia sólida, y también a la seguridad jurídica.

Sin embargo, hay que tener cuidado de no ver en la ponderación una construcción universalista y unívoca de la aplicación de principios. Es necesario siempre estar alerta a las circunstancias particulares de un caso que pudieran generar una respuesta distinta y más justa. Por ejemplo, estar atentos a la delimitación del universo del discurso o a las propiedades relevantes, que podrían marcar la diferencia en cada caso.

5. Conclusión

A través de este capítulo se han presentado los elementos básicos para comprender el modo normativo de investigación jurídica. Al final, se ha puesto como ejemplo el problema de la aplicación del Derecho a partir de la distinción de las normas como reglas y principios. Se insiste que no se debe confundir este ejemplo con todo el modo normativo, sino que se usó como un mecanismo de interpretación y argumentación que ilustra los diversos problemas que se pueden plantear desde el modo normativo, y que se solucionan tomando en cuenta las dimensiones sintáctica, semántica y pragmática del lenguaje, así como el acto de interpretar y dar sentido a los textos normativos y a los hechos, y el uso de la argumentación, tanto en su faceta formal, como material y pragmática.

6. Bibliografía

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2010). *La construcción de los derechos fundamentales*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Alexy, Robert (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, Manuel (2009). *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel.
- Ávila, Humberto (2011). *Teoría de los principios*, Madrid: Marcial Pons.
- Beuchot, M. (2000). *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de interpretación*. México: Ítaca.

- Beuchot, M. (2004). *La semiótica. Teorías del signo y el lenguaje en la historia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1992). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- Castillo, L. (2010). Hacia una reformulación del principio de proporcionalidad. En Miguel Carbonell y Grández Pedro (Coords.). *El principio de proporcionalidad en el derecho contemporáneo*. Lima: Palestra.
- Conesa, F. y Nubiola, J. (2002). *Filosofía del lenguaje*. Barcelona: Herder.
- Courtis, Ch. (2006). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En Ch. Courtis (Ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (pp. 105-156). Madrid: Editorial Trotta.
- Fernández, J. (2009). *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una visión desde el sistema europeo*. Madrid: Dykison.
- Ferrajoli, Luigi (2009). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- González, M.A. (2011). *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: un análisis crítico*. México: Novum.
- Moreso, J.J. (2003). Alexy y la aritmética de la ponderación. En Robert Alexy (Coord.). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Prieto Sanchís, Luis (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- Pulido, B. (2003). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Serpe, Alessandro (2010). "Argumentando a partir de los derechos humanos. La ponderación en serio": *Utopía y praxis latinoamericana*. *Revista Internacional de Filosofía Iberoamericana y Teoría Social*, Universidad del Zulia, Año 15, no. 51.

Capítulo 17

Modo jurisprudencial

Zaira Novoa Rodríguez

1. Introducción

En la actividad de investigación en el derecho muy pocos son los libros que explican las líneas metodológicas que se deben seguir para este campo, mucho menos se encuentran trabajos que traten de guiar al investigador cuando lo que se propone es realizar un trabajo que parta de la jurisprudencia.

Pues bien, en este ámbito, la investigación jurisprudencial se inicia con una serie de orientaciones que deben guiar al investigador. Estas orientaciones han de responder al alcance que tendrá el trabajo, lo que busca el jurista, es decir, si lo que busca es mostrar el criterio jurisprudencial imperante por las altas cortes en cuanto a la aplicación del derecho, interpretación de este, cambio de orientación en la interpretación o modificación de la normativa aplicada por no cumplir con el objetivo para la cual fue creada. Pero para que tenga un carácter de científico debe aplicarse una metodología que ayude a cumplir lo que se plantea, para este proceso ayuda la aplicación del modo de investigación jurisprudencial, como un elemento del método de investigación en el derecho interdisciplinar e intercultural.

Este capítulo busca mostrar las diferentes maneras en las que un investigador puede abordar la indagación jurisprudencial. En ese sentido, este trabajo se divide en dos partes, en la primera se topa una pequeña descripción

de lo que se entiende por jurisprudencia, así como del cambio que esta ha tenido en el derecho. En la segunda parte, se aborda lo referente al modo de investigación jurisprudencial. Se divide en cuatro secciones que tratan las diferentes actividades que puede realizar el investigador conforme a lo que este se propone en su trabajo. Para el desarrollo de estas secciones se ha tomado lo propuesto por el autor Christian Courtis, quien ha planeado que en las investigaciones sobre jurisprudencia los investigadores deben definir lo que desean para su trabajo, considerar si esto se centra en actividades de descripción y sistematización de sentencias, sentencia *lata*, sentencia *ferenda* y sentencia de *lege ferenda*.

Finalmente, con el objeto de facilitar la comprensión de las enunciaci-ones para cada tipo de actividad investigativa en el modo jurisprudencial se ha utilizado la presentación de ejemplos, a través de investigaciones publicadas que han basado sus trabajos en las actividades de descripción y sistematización de sentencias, sentencia *lata*, sentencia *ferenda* y sentencia de *lege ferenda*.

2. La Jurisprudencia

Antes de hablar sobre el modo de investigación jurisprudencial es importante establecer qué se entiende por jurisprudencia, la autora Natalia Bernal Cano ha señalado que existen dificultades para “adoptar un concepto uniforme de esta fuente del derecho” (2013, p 365), pese a ello, autores como Aníbal Torres Vásquez y Carolina Schiele Manzor han tratado de definir lo que se entiende por jurisprudencia, ambos coinciden en que se debe partir del término en latín *iuris prudentia*, que se refiere a *iuris* (derecho) y *prudentia* (previsión, conocimiento práctico, competencia). Ahora bien, para Aníbal Torres Vásquez la jurisprudencia es:

la decisión del más alto tribunal de un país que, al resolver un caso concreto, establece un principio o doctrina jurídica vinculante para el propio tribunal supremo y para todos los órganos jurisprudencia-les inferiores, mientras no sea derogada o modificada por resolución debidamente motivada del propio tribunal supremo. Así se entiende a la jurisprudencia tanto en el sistema romano germánico como en el anglosajón. (2008, p 225)

De igual manera, para la autora Carolina Schiele Manzor se puede llamar jurisprudencia “al conjunto de pronunciamientos de los tribunales superiores de justicia “que son los llamados a formar jurisprudencia a través de la uniformidad del derecho, que se logra justamente en la aplicación del mismo al caso concreto” (2017, p 183). Por su parte, Patricio Herrera Betancourt ha señalado que la jurisprudencia:

puede significar dos cosas muy distintas. Puede ser, en primer lugar, el término empleado para describir la simple suma de las resoluciones emanadas de un tribunal o bien, puede ser –en una acepción más restringida y compleja– el concepto con que se designa al sistema relativamente coherente de soluciones y argumentaciones con que un ente jurisdiccional ha respondido a las preguntas y problemas que le han sido planteados. (2011, p 67)

De las citas anteriores, se desprende que existe un criterio reiterado de la doctrina al denominar a la jurisprudencia como los fallos emitidos por los tribunales superiores, en los cuales se sientan precedentes que sirven para resolver casos futuros conforme a derecho. Ahora bien, sobre esto último, resolver conforme a derecho, es importante hacer mención a la manera en cómo se ha venido apreciando la jurisprudencia, dado que “ha sido históricamente confinada a ser considerada como una fuente auxiliar del Derecho, que solo aplica en casos de silencio de la fuente primaria” (Cañarte, Chiriboga, Chávez, & Cedeño, 2019, p 164). Asimismo, Herrera (2011) ha expresado que existía la convicción de que la jurisprudencia no era fuente de derecho “sino un criterio auxiliar para la aplicación de las normas de derecho en general” (p 71). Igualmente, dicho autor ha indicado que:

Nunca la jurisprudencia creó o logró crear Derecho. Los jueces solo podían interpretar la ley, desentrañar el mandato del legislador, explicar la inteligencia de la norma; pero no podían extender su alcance ni adicionar otros imperativos contenidos en ella. La interpretación se realiza *intra legem* y no fuera o más allá de la norma. (2011, p 71)

Este criterio también es sostenido por López (2011), cuando afirma que la jurisprudencia ha sido considerada como una fuente auxiliar del derecho

que solo opera en casos de silencio de la norma (p 21-22). En ese sentido, dicho autor ha expresado que los sistemas jurídicos de América Latina, influenciados mayoritariamente por la ideología legalista de los franceses y por la “doctrina legal” en el modelo de enjuiciamiento civil español¹, ven a los jueces como aplicadores de la ley, sin crearla, con pronunciamientos relevantes para dilucidar las normas cuando estas pueden ser consideradas oscuras o ambiguas, con obligación de que sus fallos sean conforme a derecho, es decir, sujetándolo a la aplicación de reglas establecidas por el legislador, que aun cuando están sujetos a la ley son independientes frente a las sentencias judiciales con las que se han fallado casos anteriores. (p 21)

Ahora bien, esta manera de ver al juez es la que ha imperado en las cortes latinoamericanas, pues en muchos casos su rol ha quedado limitado a la “solución de problemas, en menoscabo de ser intérpretes de la ley para promulgar las jurisprudencias pertinentes para actualizar el derecho en virtud de las decisiones a tomar en pertinencia con las exigencias sociales y jurídicas del entorno”. (Cañarte, Chiriboga, Chávez, & Cedeño, 2019, p 164)

A esta visión no ha escapado el Ecuador, toda vez que su enfoque de la jurisprudencia era como fuente secundaria, que servía para consultar los criterios sobre casos específicos y que daban orientaciones sobre las decisiones que habían sido tomadas por los jueces. No obstante, una vez puesta en vigencia la Constitución del 2008 se produjo “una evolución del derecho otorgando mayor valor y relevancia a la Jurisprudencia, posicionándose en la actualidad como base fundamental procesal de los casos, lo cual ha transformado el papel que desempeñan los jueces de la Corte Constitucional en la actualidad” (Cañarte, Chiriboga, Chávez, & Cedeño, 2019, p 164)

Este cambio del valor de la jurisprudencia y del rol del juez tiene su asidero en las concepciones del derecho procesal, pues desde la doctrina de dicho derecho se ha expresado que la:

-
1. El valor de la jurisprudencia en los países de América Latina ha ido evolucionando conforme a las variaciones de esta en Europa, específicamente de Francia y de España, países en los que para mediados del siglo XIX se dejó de ver a los jueces como meros aplicadores de la legislación, para reconocer su rol de interpretadores y creadores de derecho. Para profundizar en el tema se recomienda revisar el artículo “La jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada”, de Diego López Medina.

labor del juez enraizada al apego a la legalidad ha sido objeto de crítica, los procesalistas más autorizados han expuesto que la labor del juez no es la sola aplicación de la ley, sino la realización de la justicia la misma que amerita una más amplia labor del juez no solo como aplicador mecánico de la ley, sino como un intérprete de sus connotaciones a la realidad social cambiante; es decir, propone la superación del estatismo legalista hacia la evolución interpretativa que arribe a la justicia. (Herrera, 2011, p 71)

Así pues, la jurisprudencia ha tomado un valor primordial en la interpretación del derecho, siendo una fuente de este, realizando un aporte fundamental que ha dado paso a que se resuelvan ambigüedades de la norma para responder casos concretos, se revisen criterios y en ciertas circunstancias que se ajuste la normativa, para responder de mejor manera a determinados hechos sociales.

En ese sentido, en el campo del derecho es muy común realizar investigaciones que surjan de la revisión jurisprudencial y de su incidencia en la transformación legislativa, por ello, es necesario revisar los elementos metodológicos que acompañan el proceso de una investigación a partir de la jurisprudencia. De esta manera, surge el modo de investigación jurisprudencial, sobre el que se aborda en los apartados siguientes.

3. El Modo de Investigación Jurisprudencial

En una investigación jurídica existen diferentes objetos de estudio, uno de estos objetos es el de sentencias judiciales, lo cual podemos llamar modo de investigación jurisprudencial o como lo denominaría Sánchez Zorrilla (2011) metodología práctica. Este modo de investigación busca el análisis de un grupo de fallos emanados por cortes o tribunales que permitan al investigador evidenciar la respuesta de los jueces ante el problema de investigación que se ha planteado, con esto concuerda la autora Ana Milena Coral-Díaz (2012, p 19) al señalar que dicho análisis indagará en “la argumentación que hacen los jueces frente a determinado problema que ha sido propuesto por el investigador”. De igual manera, dicha autora señala que esa indagación permite al investigador obtener conclusiones sobre el comportamiento de las resoluciones judiciales sobre el problema bajo estudio.

Existen diferentes orientaciones con las que se puede realizar una investigación jurisprudencial, en este trabajo nos referiremos a las propuestas por el autor Christian Courtis (2006) quien ha expresado que, como en cualquier tipo de investigación, lo primero que debe establecer el investigador es el alcance y sentido de su trabajo, ello le permitirá identificar la intención predominante del análisis de las resoluciones judiciales, por lo cual sugiere que se identifique:

1. si lo que pretende mostrar son los nuevos precedentes jurisprudenciales o las decisiones judiciales sobre una temática en específico; a esta actividad le ha llamado sentencia de descripción y sistematización;
2. si lo que se busca es mostrar problemas de interpretación que pueden tener consecuencias en casos futuros, a esto le ha llamado sentencia *lata*;
3. si la intención es evidenciar que la decisión de una sentencia fue errónea y que debe corregirse, por ello debe emitirse otro fallo, a esto le ha llamado sentencia *ferenda*; y
4. cuando lo que aspira el investigador es a demostrar que se requiere de una modificación del derecho vigente, a esto le ha llamado sentencia de *lege ferenda*.

Estas cuatro maneras de investigación jurisprudencial que se señalan en el párrafo anterior, requieren de un proceso de ordenación de la información, de selección de las sentencias que serán estudiadas y de establecer el objeto de estudio, esto porque de lo contrario no será posible la construcción de las circunstancias revisadas en las decisiones judiciales bajo análisis. En tal sentido, en los siguientes apartados se abordará individualmente cada una de dichas propuestas, de manera que se suministre las herramientas necesarias para llevar a cabo correctamente cada de una de ellas.

3.1. Descripción y Sistematización Jurisprudencial

En la descripción y sistematización jurisprudencial la principal actividad del investigador, como ya lo ha señalado Courtis, es la compilación de un grupo de sentencias judiciales que permitan mostrar cómo ha sido la producción de los tribunales o altas cortes. Para cumplir dicha actividad es necesario

que el investigador se plantee el alcance de su trabajo, lo cual depende principalmente del interés en una corte o tribunal específico, en un tipo de caso, en una norma, derecho, institución jurídica o a una temática determinada.

Este proceso conlleva a que el investigador reflexione sobre el número de sentencias que empleará, toda vez que como lo señalan los autores Clavijo, Guerra & Yáñez: “La sistematización no es cuestión fácil teniendo en cuenta la congestión judicial y la cuantiosa inversión en tiempo que exige la construcción de líneas jurisprudenciales” (p 104). Asimismo, es importante señalar que mientras más amplio sea el conjunto de sentencias a describir y sistematizar, mayor será el grado de generalidad y de poca profundidad que se pueda representar en el trabajo. Por ello, lo recomendable es que el investigador, si lo que se propone es mostrar el criterio jurisprudencial sobre un derecho o norma, seleccione aquellas sentencias que se encuentren vinculadas a estas.

En atención a lo anterior, para optimizar el proceso de análisis de sentencias lo más acertado es que se emplee un esquema que permita, de manera estándar, aplicarse al grupo de decisiones seleccionadas. Dicho esquema puede tomar en cuenta los siguientes elementos:

1. Descripción de los hechos motivo del recurso o acción judicial;
2. Descripción de la normativa aplicable a los hechos y su interpretación;
3. Justificación realizada por el tribunal o corte sobre la interpretación normativa realizada; y
4. Exposición de la decisión o resolución tomada por el juez. (Courtis 2006, p 130).

No obstante, el esquema anteriormente planteado puede variar, ello conforme a la necesidad de incorporar información necesaria para el análisis. En tal sentido, si lo que se está analizando son sentencias de acción de amparo lo más probable es que sea necesario incorporar como información el derecho vulnerado, identificación del sujeto activo y pasivo, etc. Si por el contrario lo que se está realizando es un análisis comparativo entre las decisiones de altas cortes de los países pertenecientes a la comunidad andina, sobre el derecho a la personalidad jurídica como pueblo o nación, la ficha de recolección de información debería contener, al menos, los siguientes ítems: identificación del derecho, el país, el caso, el pronunciamiento de la

alta corte y la identificación de las diferencias y similitudes en las decisiones conforme a los estándares internacionales sobre derechos humanos.

Para visualizar todo lo expuesto anteriormente, se ha realizado una revisión de investigaciones publicadas que ejecuten este tipo de actividad de descripción y sistematización de las decisiones judiciales, colocando como ejemplo la investigación realizada por los autores Maniglio, Casado Gutiérrez y Chávez Vallejo, denominada “La Justiciabilidad de los Derechos Sociales. El caso del Derecho al Hábitat y a la Vivienda en Ecuador (2007-2017)”. En dicha investigación los autores se propusieron realizar un estudio sobre la efectividad de las garantías institucionales y jurisdiccionales (las garantías normativas), a través del análisis de las sentencias y casos que se han tratado en la Corte Constitucional de Ecuador en la materia sobre el derecho al hábitat y a la vivienda.

En tal sentido, para la revisión de la efectividad jurisdiccional se enfocaron en la producción jurisprudencial de la Corte Constitucional durante el periodo del año 2010 hasta el año 2017, referente al derecho a la vivienda. Teniendo como premisa investigar la contradicción de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) con la producción de normas emancipadoras y la reproducción de la praxis regulatoria, partiendo de la ratificación plena que hace la Constitución en el artículo 11 de la justiciabilidad de los DESC que consagra con claridad la obligación estatal frente a estos derechos. Con estos criterios de revisión los investigadores evitaron la generalidad y la poca profundidad en el estudio.

Ahora bien, de la revisión jurisprudencial durante el periodo señalado, los investigadores identificaron que la Corte Constitucional solo se ocupó directamente de la temática en menos del 1% del total de sus sentencias, constituyendo 17 los casos en que se ha demandado la tutela del artículo 30 (Derecho a la vivienda, derecho a la vivienda adecuada y digna, derecho al hábitat); del 37.7 (Derecho de los adultos mayores a vivienda digna), o/y del 47.6 (Derecho de las personas con discapacidad a una vivienda adecuada). Específicamente, evidenciaron que se han demandado tres acciones de inconstitucionalidad y 14 acciones extraordinarias de protección con base en los artículos citados, y se refieren, en su mayoría, a demandas desde los territorios urbanos. Sin embargo, aducen que parte del problema de que pocos sean los casos que conoce la Corte Constitucional se deba a que muchos de los conflictos en torno a las tierras y a la vivienda se constituyen,

y también se resuelven, en los procesos de mercado informal e ilegal del “tráfico de tierras”, de vivienda y de territorios.

En ese sentido, el resultado de la investigación arrojó que, si bien varias sentencias contenían criterios progresistas de protección del derecho a la vivienda y hábitat, en otro grupo de decisiones primaron criterios apartados de la garantía y protección al referido derecho. Por ello, se concluyó sobre este punto que el avance jurisprudencial sobre el derecho constitucional a la vivienda digna y al hábitat debe ser leído a la luz de un cuadro contradictorio e injusto: entre desigualdades de acceso y reproducción históricas de divisiones territoriales (desigualdades estructurales). Predominio –de matriz colonial– de la mentalidad del derecho privado y patrimonial, no sólo en el ámbito de la función pública, sino del ejercicio del derecho en términos culturales.

Finalmente, del ejemplo anteriormente descrito se puede denotar que los investigadores conforme a la delimitación del grupo de sentencias a revisar, a los derechos específicos objeto de análisis y a los criterios utilizados por la Corte Constitucional del Ecuador, pudieron determinar cuál ha sido la producción e interpretación de dicha corte en cuanto al derecho a la vivienda, elementos indispensables en toda actividad descriptora y sistematizadora de la jurisprudencia.

3.2. Sentencia *lata*

En la investigación de sentencia *lata* el punto de partida es la identificación de problemas de interpretación de las decisiones judiciales bajo análisis, sin embargo, en este tipo de investigación no basta con que se identifique el conflicto de interpretación, por el contrario, se busca también que se identifique sus consecuencias y que se presenten criterios que permitan corregir los errores interpretativos.

En este sentido, Courtis (2006) sobre este tipo de investigación jurisprudencial señala que:

La investigación de sentencia *lata* identifica problemas interpretativos en la sentencia analizada, se propone esclarecer su sentido y proyecta sus consecuencias para casos futuros, de modo que sirva como guía a aplicadores, abogados y justiciables. La investigación de sentencia

lata suele discutir más detalladamente el contenido de las sentencias, o sentencia, bajo análisis, en la medida que se ha detectado en ella un problema de interpretación o se han vislumbrado consecuencias relevantes para casos futuros. Lo que caracteriza a esta orientación es la identificación de problemas interpretativos sobre la decisión judicial, determinando las consecuencias para nuevas hipótesis, teniendo como punto de partida la decisión judicial analizada, debatiendo su significado y sus consecuencias; en el procedimiento se identifica el problema interpretativo relevante, señalando algunas interpretaciones rivales posibles, justificando esa determinación. (Courtis, 2006, p 130-131)

Asimismo, Courtis expresa que “lo que caracteriza a esta orientación es la identificación de problemas interpretativos sobre una o varias decisiones judiciales y la tarea de determinación de consecuencias para nuevas hipótesis” (p 131).

De igual manera, el señalado autor menciona que en la investigación de sentencia *lata* es necesario:

- Señalar el problema interpretativo que se encuentra bajo estudio;
- Identificar las posibles interpretaciones que se encuentran contrapuestas, así como abogar por una de las interpretaciones y justificar esa posición;
- Ofrecer criterios orientados para superar el problema de interpretación, o favorecer una de las líneas de interpretación que se encuentran contrapuestas. (Courtis 2006, p 131)

Ahora bien, si en una investigación de sentencia *lata* se pretende identificar el análisis interpretativo de una alta corte con respeto a la aplicación de un cuerpo normativo, el investigador deberá sistematizar la información de manera que le permita establecer los argumentos expuestos por los jueces o magistrados de dicha corte, las partes intervinientes en el proceso y la factibilidad de aplicabilidad de la normativa, para con ello evidenciar el error de interpretación, presentar una postura que oriente lo que debió decidir el magistrado o el juez, o en su defecto, preponderar una línea de interpretación.

Para entender de mejor manera lo que se ha señalado en la sección anterior, se presenta como ejemplo la investigación realizada por una estudiante

de la Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, quien se propuso realizar un análisis de los presupuestos contenidos en la sentencia C- 284 de 2014 de la Corte Constitucional Colombiana.

En dicho trabajo la investigadora realizó un análisis comparativo de las leyes 1437 de 2011 y 472 de 1998, que guardan relación con la aplicación de medidas cautelares en las acciones populares, con el fin de revisar la regulación de los derechos colectivos, haciendo especial énfasis en el desarrollo legal en relación con la procedencia y aplicabilidad de las medidas cautelares en dichos procesos; así como también se propuso realizar un análisis de la Sentencia C-284 de 2014 de la Corte Constitucional de Colombia, la cual declaró la exequibilidad del parágrafo del art 229 frente al procedimiento de las medidas cautelares en los procesos que tienen por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, en los casos que sean tramitados ante la jurisdicción contencioso administrativa. Todo ello con la finalidad de identificar si hubo errores de interpretación por parte de la Corte en la señalada sentencia.

En tal sentido, la metodología aplicada por la investigadora estuvo orientada a identificar los argumentos jurídicos expuestos por el demandante, por los intervinientes y por la Corte Constitucional, realizando una descripción del problema interpretativo relevante, procediendo a comparar los argumentos presentados por la señalada Corte frente a la regulación en las leyes 472 y 1437. Asimismo, haciendo referencia sobre algunas interpretaciones contrapuestas, que critican los argumentos presentados por la Corte.

Al respecto, la investigación arrojó como resultado que las consideraciones efectuadas por la Corte Constitucional sobre la demanda de inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 229 de la ley 1437 de 2011, estuvieron orientadas a dictaminar que la ley 1437 y la ley 472 no son contradictorias, sino que son complementarias y que queda a criterio del juez, frente a cada caso concreto, darle aplicación a una u otra, dicha interpretación generó que ambas normas conserven su vigencia y que no exista un criterio o mecanismo que indique de manera clara, en qué asuntos se aplica una u otra ley, lo que acarrea incertidumbre y caos en la administración de justicia.

En ese sentido, la investigadora consideró pertinente que la interpretación de la Corte debió estar orientada a establecer que la Ley 472 de 1998 quedaba derogada frente a los asuntos que son de conocimiento de

la Justicia Contenciosa y conservar su vigencia frente a los procesos de conocimiento de la Justicia Civil, toda vez que dar discrecionalidad al juez de aplicar una u otra normativa trae severas consecuencias para el derecho a la seguridad jurídica.

En definitiva, el ejemplo propuesto anteriormente ayuda a comprender cuál es la actividad que debe desempeñar un investigador cuando se propone realizar una revisión de los errores interpretativos de una corte, pues sus esfuerzos deben estar encaminados a identificar el error de interpretación, pero no solo se debe centrar en ello, su actividad debe ir más allá, es decir, debe mostrar otros criterios interpretativos, su postura ante estos y generar una corriente que ayude a superar el error interpretativo.

3.3. Sentencia *ferenda*

Las investigaciones sobre sentencias *ferenda* presentan una particularidad que la diferencia de manera marcada con la investigación de sentencia *lata*, esto porque en este tipo de orientación el investigador no está de acuerdo con la interpretación realizada por el juez o magistrado, por lo cual considera que la decisión ha sido errónea y que debe corregirse. En tal sentido, en este tipo de orientación se critica el instrumento normativo aplicado, la interpretación realizada, la subsunción del derecho a los hechos y la motivación dada por el tribunal.

Asimismo, otra de las actividades que hace el jurista en este tipo de investigación consiste en la crítica de las sentencias bajo estudio con el objeto de dar un giro en la línea jurisprudencial, para con ello brindar recomendaciones dirigidas a los magistrados o jueces que adoptaron una decisión para que revoquen, en casos futuros, el criterio adoptado. (Courtis 2006, p 117)

Sobre este tipo de orientación en la investigación jurisprudencial Christian Courtis (2006) ha señalado que “en este caso lo que sucede es que el jurista no acepta que la sentencia sea una derivación justificada del derecho aplicable, es decir, considera que la decisión judicial ha sido errónea y que debe enmendarse para casos futuros” (p 131). De igual manera, expone que en este tipo de orientación el investigador adopta una “polémica sobre la sentencia o sentencias comentadas. Su producto es una recomendación dirigida a futuros aplicadores del derecho en situaciones similares, para que

reviertan lo establecido en la sentencia criticada y adopten la sugerencia interpretativa hecha por el crítico”. (p 132)

En tal sentido, dicho autor propone que en esta orientación se realicen los siguientes pasos:

- Descripción de la sentencia o del punto de la sentencia que se pretende discutir;
- Señalar la crítica de la decisión, es decir, indicar qué errores ha cometido el juzgador, si se trata de una mala selección del cuerpo normativo aplicable al caso, si ha realizado una interpretación incorrecta de la norma aplicable, si ha existido error en la conjunción de los hechos del caso al derecho aplicable o si la motivación realizada por el juez es errónea;
- Proponer una solución al error encontrado y sustentarlo, con miras a conminar a los jueces para que se aplique en los casos futuros. (Courtis 2006, p 132)

Al respecto, cabe traer como ejemplo de este tipo de actividad la investigación realizada por Raúl Llasag Fernández, Karina Tello Toral y Alex Zapata Carpio, que lleva por nombre “Interpretación intercultural de la justicia indígena en la Corte Constitucional del Ecuador”, la cual se enfocó en analizar si la Corte Constitucional del Ecuador en las acciones extraordinarias de protección en contra de sentencias de justicia indígena aplicó de manera adecuada el principio de plurinacionalidad e interculturalidad. Para dicho estudio revisaron las sentencias de los casos emblemáticos “la Cocha” y “Lote Cuatro”.

En el primer caso, han descrito los investigadores que está relacionado con la aplicación de la justicia indígena en un hecho por asesinato, partiendo de la admisión de la responsabilidad de los involucrados los miembros de la comunidad “La Cocha” impusieron diversas mediadas que incluía reparación, corrección y rehabilitación. Sobre este caso, aun cuando ya la comunidad había resuelto, la Corte Constitucional del Ecuador volvió a revisar el caso por la vía de acción extraordinaria de protección presentada por un hermano del fallecido. En ese sentido, las personas involucradas fueron detenidas y procesadas por asesinato, así como las autoridades de la comunidad fueron procesadas por el delito de plagio.

En el segundo caso, los investigadores describen que inicia con la acción presentada por la Defensoría del Pueblo por presunta violación de derechos constitucionales, en el marco de la aplicación de la justicia indígena sobre la situación de concesión del derecho de uso de 1,36 litros de agua por segundo, por parte de la Secretaría del Agua (Senagua) a favor del señor Aigaje, dejando a salvo los 0,40 litros que se habían concedido a la comunidad Lote Cuatro en 1989.

En tal sentido, según el argumento de dicha defensoría, el citado señor era dueño de un terreno ubicado en la jurisdicción de la parroquia Cangahua, en la propiedad existe una vertiente de agua denominada Puygu Ucu, que fue dada en concesión. Asimismo, en el argumento dado por la defensoría los miembros de la comunidad ingresaron a las tierras del señor Aigaje, y este dice haber sufrido agresiones, por lo cual presentó una denuncia en contra de los dirigentes ante la justicia ordinaria. Los dirigentes de la comunidad solicitaron al juez que declinara su competencia y este aceptó el requerimiento. La comunidad resolvió el caso revirtiendo el agua de la vertiente Puygu Ucu a favor de Lote Cuatro. También dispuso la purificación del infractor (baño de agua fría, ortiga).

En cuanto a la decisión de la Corte en los citados casos, los investigadores determinaron:

1. Que en el primer caso, el análisis realizado por el órgano jurisdiccional fue eminentemente normativo, lo cual impidió que se hiciera un acercamiento al derecho y al conocimiento de la comunidad, lo cual no permite que se realice una interpretación intercultural desde la perspectiva teórica de la plurinacionalidad, partiendo de una serie de ejercicios que debe cumplir el juez, tales como: “asumir la posición de docto ignorante, es decir, frente a la infinitud de sistemas jurídicos y al limitado conocimiento de todos ellos, se debe asumir que se desconocen ciertas cuestiones”; “la obligación de conocer el derecho, los conocimientos que implican y el contexto en el que se produjeron los hechos. Los mecanismos de acercamiento son varios: desde el contacto directo con la comunidad hasta los peritajes culturales”; y realizar un “proceso de diálogo entre todo ello y los derechos o garantías presuntamente vulnerados” (Llasag, Tello & Zapata, 2020, párrafo 15). Conforme a los investigadores esta es la ruta que debe seguir la justicia

ordinaria para establecer si existió vulneración de derechos en el marco de la aplicación de la justicia indígena.

2. Que en el segundo caso, la Corte no observó el derecho propio de la comunidad, resolviendo exclusivamente con los datos proporcionados por la Defensoría del Pueblo en la demanda de acción extraordinaria de protección.

En suma, los investigadores han realizado una crítica a la manera de interpretación de la Corte Constitucional del Ecuador en cuanto al principio de intercultural, al tiempo que realizan una propuesta de cómo debe ser entendida esta, argumentando que debe partirse de “entender o dar sentido a los derechos y a los hechos o acontecimientos de manera contextualizada y a partir del derecho propio y sus conocimientos, eliminando todo tipo de subalternidad y efectivizando las autonomías y la igualdad de resultados en cada caso concreto, entrando al diálogo y coaprendizaje mutuo”. (Llasag, Tello & Zapata, 2020, párrafo 15)

Finalmente, el ejemplo propuesto anteriormente muestra, con detenimiento, todas las actividades que debe abordar el investigador cuando el alcance de su trabajo es justamente criticar la interpretación realizada de los hechos del caso, de la normativa que se aplicó, la motivación del magistrado o juez en el asunto bajo estudio, así como proponer un viraje jurisprudencial para los casos que puedan presentarse en el futuro, lo cual se evidencia hicieron los investigadores en el ejemplo expuesto.

3.4. Sentencias de *lege ferenda*

En las investigaciones sobre sentencia de *lege ferenda* se propugna la necesidad de modificación del derecho vigente, lo cual se argumenta partiendo de la revisión de sentencias que muestran como la solución judicial, producto de una norma o cuerpo normativo, no cumple su propósito. Para ello, resulta indispensable que el investigador identifique cuáles son los problemas que se presentan, pudiendo fluctuar entre problemas de aplicabilidad o de ineficacia de la sentencia.

En tal sentido, utilizando las apreciaciones de Christian Courtis, autor con el que hemos venido trabajando durante todo este apartado, ha indicado que en los trabajos de orientación de *lege ferenda* “el análisis de una o varias

sentencias judiciales es empleado como argumento para demostrar la necesidad de introducir una modificación en el derecho vigente” (2006, p 132).

Asimismo, hace hincapié en que en este tipo de orientación:

el jurista no discute que la solución judicial sea una derivación acertada del derecho vigente al caso: por el contrario, acepta que la sentencia constituye una aplicación justificada de las normas que gobiernan el caso. Sin embargo, lo que el dogmático no acepta en este caso es la justicia o adecuación del resultado de esa aplicación, a partir de parámetros valorativos que asume como estándares de comparación. (Courtis 2006, p 132-133)

Así como en las anteriores orientaciones de la investigación jurisprudencial, para el caso de *lege ferenda* se propone que el investigador realice ciertos pasos:

- Referencia a la solución judicial dada por el juzgador en la sentencia bajo análisis;
- Identificación y descripción de la norma empleada para la resolución del caso; y
- Exposición de los fundamentos del investigador para refutar la solución judicial dada, lo cual funge como una crítica a la norma o cuerpo normativo utilizado por el juez en la sentencia. (Courtis 2006, p 133-134)

Lo propuesto anteriormente, resulta indispensable para esta orientación tomando en cuenta su principal objetivo, que no es otro que dar recomendaciones para que se modifique o derogue la norma o cuerpo normativo, lo cual propugna que en el futuro se sigan dando sentencias como las que se estaban bajo análisis.

Como se ha evidenciado a lo largo de todo este capítulo, era importante mostrar ciertos ejemplos de investigaciones en las que se haya aplicado los tipos de orientaciones de descripción y sistematización, sentencia *lata*, sentencia *ferenda* y sentencia de *lege ferenda*, toda vez que en el aprendizaje resulta mucho más funcional mostrar en casos concretos lo que se pretende enseñar. Sin embargo, para el caso de la actividad investigativa de sentencias

lege ferenda, dado a que su alcance lo que busca es dar las orientaciones para un cambio normativo, es mucho más complicado encontrar investigaciones que ayuden a ejemplificar los pasos que se deben cumplir para que esta sea tomada como tal.

No obstante, se procurará, a través de un ejemplo hipotético, mostrar el ejercicio del investigador en estos casos. En tal sentido, en una investigación realizada en el Ecuador, se ha tomado como objeto de estudio la figura de la citación, en la aplicación de la justicia ordinaria en materia no penal. Los jueces para la citación aplican las reglas establecidas en el cuerpo normativo procedimental. Sin embargo, en la práctica se evidencia que existen ineficiencia para cumplir el objetivo, que es la de citar a las partes intervinientes en el proceso o generar la nulidad para casos determinados.

En ese sentido, el investigador haciendo una revisión de un grupo de sentencias, que previamente ha seleccionado, ha verificado que las cortes emplean de manera correcta la normativa procedimental en materia tributaria en cuanto a la citación. Las normas referidas son, en supuesto, el artículo X que determina que para los casos contenciosos tributarios se debe citar al Procurador General del Estado y el artículo X que establece que son causales de nulidad del trámite la falta de citación.

En esa línea, usando estos artículos no habría problema en aplicar la norma y las cortes estarían subsumiendo de manera adecuada el derecho. Por otra parte, las cortes no se cuestionarían, por principio de legalidad, si es lo mejor, lo más justo o genera un problema práctico. Sin embargo, el investigador ha notado que dichos artículos generan vulneración del debido proceso, dado a que se han nulitados los trámites en razón de la falta de citación del referido servidor público. En contraste, el investigador, de su revisión teórica y en derecho comparado, ha podido constatar que en los casos de materia contenciosa tributaria no es causa de nulidad la falta de citación de la Procuraduría General del Estado o el ente que haga sus veces, al tiempo que de manera operativa genera dificultad llamar a dicho organismo a todos los procesos vinculados a la materia. Por lo tanto, la conclusión de su investigación es la necesidad de revisar la normativa procedimental en materia tributaria, en cuanto a la citación, por ineficaz y porque no responde de manera adecuada al fin para el cual fue creada. Al tiempo que formula una propuesta del contenido normativo.

4. Conclusión

A modo de conclusión, se puede señalar que en el derecho es muy común realizar investigaciones que parten de la revisión jurisprudencial, por ello, es necesario contar con los elementos metodológicos que acompañan en el proceso de una investigación a partir de la jurisprudencia, tomando como una línea general de partida la ordenación de la información, la selección de las sentencias que serán estudiadas y establecer el objeto de estudio.

En ese sentido, este capítulo buscó brindar unas pequeñas orientaciones al respecto, partiendo de lo que ya ha propuesto Christian Courtis. La revisión de todos los pasos que deben dar los investigadores cuando lo que se proponen es realizar una descripción y sistematización de sentencias, o, por el contrario, basar sus trabajos en una actividad de sentencia *lata*, sentencia *ferenda* y sentencia de *lege ferenda*, resulta fundamental. De esta manera se evita que las investigaciones jurisprudenciales resulten muy generales, ambiguas o no realicen aportes significativos.

Finalmente, la propuesta aquí presentada aspira a ser un camino que permita a los jóvenes investigadores, o para aquellos que se inician en este proceso, diferenciar las diversas actividades que se deben realizar en las orientaciones antes señaladas, para conseguir que el trabajo cumpla con cierta rigurosidad en su desarrollo, así como generar aportes significativos en la construcción del conocimiento.

5. Bibliografía

- Bernal Cano, N. (2013). Algunas reflexiones sobre el valor de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho. *Cuestiones constitucionales*, (28), pp. 365-383. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000100012&lng=es&tlng=es.
- Cañarte Mantuano, L., Chiriboga Dava, J., Chávez Castillo, J., & Cedeño Delgado, G. (2019). La influencia de la concepción franco-hispana de la Jurisprudencia en Latinoamérica. *IUSTITIA SOCIALIS*, 4(7), pp.162-181. doi: <http://dx.doi.org/10.35381/racj.v4i7.391>

- Clavijo, D. (2014). *Métodos, metodología y técnicas de la investigación aplicada al Derecho*. Bogotá: Editorial Ibañez.
- Coral-Díaz, A. (2012). “Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja”. *Opinión Jurídica*, Vol. 11, N° 22. Medellín, Colombia, pp. 17-30.
- Courtis, C. (2006). “El Juego de los Juristas. Ensayo de Caracterización de Investigación Dogmática” en Christian Courtis (edición), *Observar la Ley Ensayos Sobre Metodología de Investigación Jurídica*. Madrid. Editorial Trotta, S.A, pp. 105-155.
- Herrera, P. (2011). *Jurisprudencia y precedente constitucional*. Revista de derecho Constitucional Umbral N° 1, enero-junio 2011, pp. 67-82. ISSN 1390-6615. Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, Ecuador.
- López, D. (2011). *La jurisprudencia como fuente del derecho. Visión histórica y comparada*. Revista de derecho Constitucional Umbral N° 1, enero-junio 2011, pp. 21-54. ISSN 1390-6615. Corte Constitucional del Ecuador. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, Ecuador.
- Llasag, R., Tello, K., & Zapata, A. (2020). Interpretación intercultural de la justicia indígena en la Corte Constitucional del Ecuador, *Cahiers des Amériques latines* [En línea], 94 | 2020. URL: <http://journals.openedition.org/cal/11530>; DOI: <https://doi.org/10.4000/cal.11530>
- Maniglio, F., Casado Gutiérrez, F., & Chávez Vallejo, G. (2020). *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, 1(37), 143-174. doi: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2020.37.14866>
- Montoya Marín, G. P. (2017). *¿A Partir del Parágrafo del Artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 se Crearon dos Regímenes Aplicables a las Medidas Cautelares en los Procesos que Tienen por Objeto la Defensa y Protección de los Derechos Colectivos, o, a Contrario Sensu, sólo Existe un Régimen Aplicable a Dichos Procesos, de Acuerdo a lo Desarrollado en la Sentencia C-284 De 2014?* (tesis de maestría). Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín.

- Sánchez Zorrilla, M. (2011). “La Metodología en la Investigación Jurídica: Características Peculiares y Pautas Generales para Investigar en el Derecho”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 14, pp. 317-358.
- Schiele, C. (2017). *La jurisprudencia como fuente del derecho: El papel de la jurisprudencia*. *Ars Boni et Aequi*, (4).
- Torres Vásquez, A. (2008). *La jurisprudencia como fuente del derecho*. *Revista Institucional N° 8*, Academia de la Magistratura Perú. Recuperado de <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/266>

TERCERA PARTE

Proceso de investigación ofreciendo algunos recursos iniciales sobre los que luego puede profundizar

Capítulo 18

Las fuentes de la investigación jurídica

Zaira Novoa Rodríguez

Antonio Salamanca Serrano

1. Introducción

En el presente capítulo se busca abrir las fuentes de la investigación jurídica a la riqueza de los modos interdisciplinares e interculturales de abordar los problemas del hecho del Derecho como relación social de poder. Asimismo, se quiere dejar claro dos asuntos que con frecuencia generan confusión: a) la diferencia entre fuentes primarias y secundarias en la investigación jurídica; b) la investigación jurídica, como las investigaciones en el ámbito de las otras ciencias sociales y ciencias de la naturaleza, también trabaja con fuentes primarias.

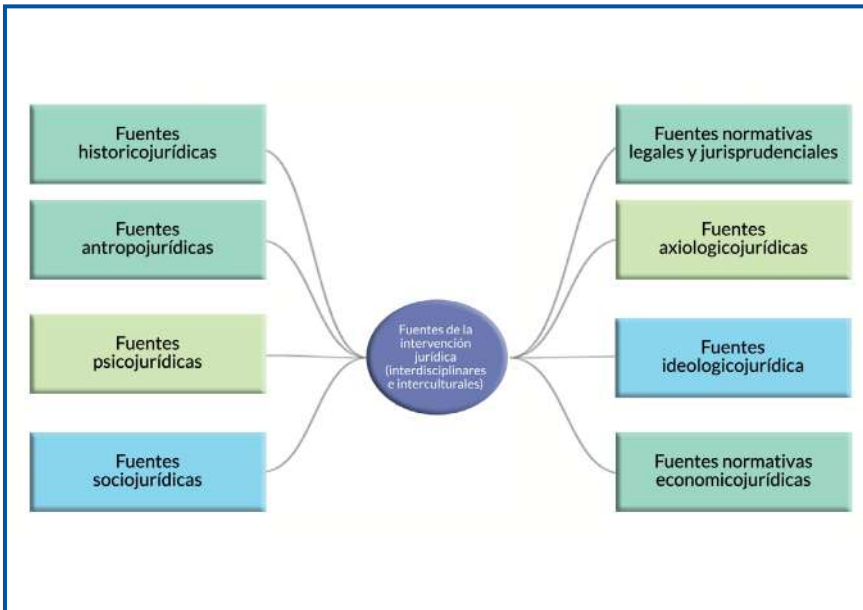
2. Las fuentes en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural

Las fuentes en la investigación jurídica en gran parte continúan padeciendo una reducción normativista y jurisprudencial. Es decir, el investigador en el campo del Derecho tiende a pensar que los lugares donde debe buscar información para su trabajo quedan limitados a las leyes, las normas, las sentencias de los jueces y los comentarios de los tratadistas (la llamada doctrina). Este hecho se debe a la reducción y fetichización normativista en

la que se encuentra el Derecho como ciencia y práctica. Sin embargo, si el mundo jurídico es el hecho vivo de una praxis, de una relación de poder que tiene su especificidad, el horizonte de las fuentes se abre tremendamente, no solo para abordarlo bebiendo de fuentes interdisciplinarias sino también interculturales.

Desde este horizonte interdisciplinar e intercultural del Derecho que asumimos en este trabajo, las fuentes se pueden clasificar en función de los modos interdisciplinarios e interculturales posibles de la indagación. Así cabe diferenciar entre fuentes historicojurídicas, antropológicas, sociojurídicas, axiológicojurídicas, ideológicojurídicas, económicojurídicas, psicojurídicas, normativistas, jurisprudenciales, etc. Por otro lado, atendiendo a la mayor o menor cercanía en el acceso, las fuentes se suelen diferenciar en primarias, secundarias y terciarias. En el siguiente cuadro se muestran la clasificación de las fuentes interdisciplinar e intercultural en el derecho:

Figura 23. Clasificación de las fuentes interdisciplinar e intercultural en el Derecho



Fuente: Elaboración propia

2.1. Fuentes primarias en la investigación jurídica

Las fuentes primarias en la investigación jurídica son aquellas que nos proporcionan datos de primera mano. Estos pueden ser de observación directa por el investigador o documentos que incluyen los resultados de los estudios correspondientes. Una observación de campo de un conflicto jurídico o de una institución jurídica, el texto de una ley, una sentencia, un libro o un artículo pueden ser fuentes primarias para la investigación jurídica.

Las referencias o fuentes primarias proporcionan datos de primera mano, pues se trata de documentos que incluyen los resultados de los estudios correspondientes. Ejemplos de éstas son: libros, antologías, artículos de publicaciones periódicas, monografías, tesis y disertaciones, documentos oficiales, reportes de asociaciones, trabajos presentados en conferencias o seminarios, artículos periodísticos, testimonios de expertos, documentales, videocintas en diferentes formatos, foros y páginas en internet, etcétera.

En todas las áreas de conocimiento, las fuentes primarias más utilizadas para elaborar marcos teóricos son libros, artículos de revistas científicas y ponencias o trabajos presentados en congresos, simposios y eventos similares, entre otras razones, porque estas fuentes son las que sistematizan en mayor medida la información; generalmente profundizan más en el tema que desarrollan y son altamente especializadas. Además, de que puede accederse a ellas vía internet. Así, Creswell (2009) recomienda confiar en la medida de lo posible en artículos de revistas científicas, que son evaluados críticamente por editores y jueces expertos antes de ser publicados.

2.2. Fuentes secundarias y terciarias en la investigación jurídica

Las fuentes secundarias son listas, compilaciones y resúmenes de referencias o fuentes primarias publicadas en el área del Derecho, las cuales comentan artículos, libros, tesis, disertaciones y otros documentos especializados. Academic Search Premier y Fuente Académica de EBSCO, la Review of Educational Research, Sage Journals, Latindex, REDALyC, SciELO, PubMed y el Annual Review of Psychology. Estas herramientas pueden encontrarse en internet. La mayoría de las fuentes secundarias incluyen los datos de las referencias y un breve resumen de cada una de ellas. (Ver Anexo

al capítulo 3, Perspectiva teórica. Comentarios adicionales de la obra de H. Sampieri (et al.). 2014. Metodología de la Investigación, 6ª ed., pp. 7-9).

Las fuentes terciarias o generales son documentos o espacios en internet donde se encuentran registradas las referencias a fuentes secundarias, “como títulos de revistas, y otras publicaciones periódicas, nombres de boletines, conferencias y simposios, sitios web, títulos de reportes con información gubernamental... catálogos de libros básicos que contienen referencias y datos bibliográficos y nombres de instituciones nacionales e internacionales al servicio de la investigación. Son útiles para detectar fuentes no documentales tales como organizaciones que realizan o financian estudios, miembros de asociaciones científicas (quienes pueden dar asesoría), instituciones de educación superior, agencias informativas y dependencias del gobierno que efectúan investigaciones” (Ver Anexo al capítulo 3, Perspectiva teórica. Comentarios adicionales de la obra de H. Sampieri (et al.). 2014. *Metodología de la Investigación*, 6ªed. p. 9).

3. Fuentes en la investigación antropológica

En la investigación antropológica las fuentes para la investigación son diversas. Una primera fuente, puede ser los hechos antropológicos directos en su significación jurídica. Una comunidad o grupo social rural o urbano (v.gr. un pueblo de campesinos cooperativistas, los trabajadores y dirección de un colegio o de una universidad, un grupo de refugiados, de inmigrantes, un partido político, una comunidad indígena, los trabajadores y empresarios de una multinacional, etc.). Una segunda fuente se encuentra en los documentos populares como relatos, canciones, cuentos, etc., en audio o soportes audiovisuales, que tienen relevancia antropológica. Esta fuente documental, como las que siguen, se refieren a hechos históricos, hechos lejanos o hechos a los que muchas veces no se tiene accesos directamente. En tercer lugar, son también fuente para la investigación antropológica las inscripciones antiguas o modernas, dibujos, restos y sitios arqueológicos, pinturas, mitos, religiones y cultos con significado antropológico. En cuarto lugar, en su significado o relevancia antropológica se encuentran como fuentes los artículos, libros, informes de investigación, normativas, leyes, códigos, sentencias, etc.

- Los hechos antropológicos directos con relevancia antropojurídica
- Relatos, canciones, cuentos, etc., con significado antropojurídico
- Inscripciones antiguas o modernas, dibujos, restos y sitios arqueológicos, pinturas, mitos, religiones y cultos con significado antropojurídico
- Artículos, libros, normativas, leyes, códigos, sentencias, informes de investigación, etc., con relevancia antropojurídica

Ejemplo de fuente antropojurídica

En el caso siguiente se recoge un documento histórico de Bartolomé de Las Casas, en su *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*. Los hechos se ubican en la invasión de los españoles de lo que es hoy la Isla de Cuba, en 1511. Esta fuente resulta interesante porque nos ofrece elementos para descubrir las concepciones y vivencias culturales y formas de comportamiento indirectamente vistas desde los actores a través de los ojos del autor. Lo que nos interesa de los datos no es para quedarnos en la etnografía sino desde ellos avanzar en la afectación que esas cosmovisiones antropológicas a los derechos de los pueblos originarios y pueblos conquistadores y sus instituciones jurídicas coloniales y metropolitanas.

De la Isla de Cuba

El año de mil y quinientos y once pasaron a la isla de Cuba, que es, como dije, tan luenga como de Valladolid a Roma, donde había grandes provincias de gentes. Comenzaron y acabaron de las maneras susodichas y mucho más y más cruelmente. Aquí acaecieron cosas muy señaladas. Un cacique y señor muy principal que por nombre tenía Hatuey, que se había pasado de la isla Española a Cuba con mucha de su gente por huir de las calamidades e inhumanas obras de los cristianos, y estando en aquella isla de Cuba y dándole nuevas ciertos indios que pasaban a ella los cristianos, ayuntó mucha o toda su gente y díjoles: “Ya sabéis cómo se dice que los cristianos pasan acá, y tenéis experiencia qué les han parado a los señores fulano y fulano y a aquellas gentes de Haití (que es la Española). Lo mismo vienen a hacer acá. ¿Sabéis quizá por qué lo hacen?”. Dijeron: “No, sino porque son de su natura crueles y malos”. Dice él: “No lo hacen por sólo eso, sino porque tienen un dios a quien ellos adoran y quieren mucho, y por

habello de nosotros para lo adorar nos trabajan de sojuzgar y nos matan”. Tenía cabe sí una cestilla llena de oro en joyas, y dijo: “Veis aquí el dios de los cristianos; hagámosle, si os parece, areitos (que son bailes y danzas) y quizá le agradaremos y les mandará que no nos hagan mal”. Dijeron todos a voces: “Bien es, bien es”. Bailáronle delante hasta que todos se cansaron, y después dice el señor Hatuey: “Mirá, como quiera que sea, si lo guardamos, para sacárnoslo al fin nos han de matar: echémoslo en este río”. Todos votaron que así se hiciese y así lo echaron en un río grande que allí estaba.

Figura 24. Ejecución de un Jefe Indio de la línea de Cuba



Bartolomé de Las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* (Universidad de Antioquia, 2006, pp. 335- 41).

Este cacique y señor anduvo siempre huyendo de los cristianos desde que llegaron a aquella isla de Cuba, como quien los conocía, y defendiase cuando los topaba, y al fin lo prendieron. Y sólo porque huía de gente tan inicua y cruel y se defendía de quien lo quería matar y oprimir hasta la muerte a sí y a toda su gente y generación, lo hobieron vivo de quemar. Atado al palo decíale un religioso de San Francisco, santo varón que allí estaba, algunas cosas de Dios y de nuestra fe (el cual nunca las había jamás oído), lo que podía bastar aquel poquillo tiempo que los verdugos le daban, y que si quería creer

aquello que le decía, que iría al cielo, donde había gloria y eterno descanso, y si no, que había de ir al infierno a padecer perpetuos tormentos y penas. Él, pensando un poco, preguntó al religioso si iban cristianos al cielo. El religioso le respondió que sí, pero que iban los que eran buenos. Dijo luego el cacique, sin más pensar, que no quería él ir allá, sino al infierno, por no estar donde estuviesen y por no ver tan cruel gente. Ésta es la fama y honra que Dios y nuestra fe ha ganado con los cristianos que han ido a las Indias.

4. Fuentes en la investigación axiológicojurídica

La elección de fuentes comunes y compartidas en la investigación axiológica no significa que vamos a realizar axiología jurídica. Recordamos que estamos realizando investigación en el campo del Derecho no en el campo de la Ética, aunque esta elija entre sus múltiples objetos de estudios el hecho jurídico. Es importante tener esto presente para que el uso de una misma fuente no lleve al eclecticismo metodológico o a abandonar el método propio jurídico sustituyéndolo por el axiológico.

En la investigación axiológicojurídica las fuentes para la investigación son diversas. Una primera fuente, puede ser los hechos morales (éticos) interpersonales y culturales, así como hechos morales sociales directos en su significación jurídica. Un movimiento obrero, un levantamiento popular, una represión gubernamental, los servidores públicos como médicos, maestros, policías, militares, jueces y fiscales, abogados, etc. Una segunda fuente se encuentra en los documentos populares como relatos, refranes, canciones, cuentos, etc., en audio o soportes audiovisuales, que tienen relevancia axiológicojurídica. Esta fuente documental, como las que siguen, se refieren a hechos históricos, hechos lejanos o hechos a los que muchas veces no se tiene accesos directamente. En tercer lugar, son también fuente para la investigación axiológicojurídica las inscripciones antiguas o modernas, dibujos, restos y sitios arqueológicos, pinturas, mitos, religiones y cultos con significado axiológicojurídico. En cuarto lugar, en su significado o relevancia axiológicojurídica se encuentran como fuentes los artículos, libros, informes de investigación, normativas, leyes, códigos, sentencias, etc.

- Los hechos morales (éticos) directos con relevancia axiológicojurídica
- Relatos, canciones, cuentos, etc., con significado axiológicojurídico

- Inscripciones antiguas o modernas, dibujos, restos y sitios arqueológicos, pinturas, mitos, religiones y cultos con significado axiológicojurídico.
- Artículos, libros, normativas, leyes, códigos, sentencias, informes de investigación, etc., con relevancia axiológicojurídica

Ejemplo de fuente axiológicojurídica

En el caso siguiente se recoge el mismo documento histórico de Bartolomé de Las Casas presentado para ilustrar las fuentes antropológicas, la Brevísima relación de la destrucción de las Indias. En este caso, lo que nos interesa no son las concepciones culturales percibidas, sentidas y realizadas por los propios autores sino los sistemas de valores presentes y en conflicto en un contexto de agresión imperial. De la misma manera, lo que nos interesa de los datos no es para quedarnos en identificar una u otra moralidad o comportamiento ético sino desde ellos avanzar en la afectación que esos paradigmas éticos tienen a los derechos de los pueblos originarios y pueblos conquistadores y sus instituciones jurídicas coloniales y metropolitanas.

La Isla de Cuba

El año de mil y quinientos y once pasaron a la isla de Cuba, que es, como dije, tan luenga como de Valladolid a Roma, donde había grandes provincias de gentes. Comenzaron y acabaron de las maneras susodichas y mucho más y más cruelmente. Aquí acaecieron cosas muy señaladas. Un cacique y señor muy principal que por nombre tenía Hatuey, que se había pasado de la isla Española a Cuba con mucha de su gente por huir de las calamidades e inhumanas obras de los cristianos, y estando en aquella isla de Cuba y dándole nuevas ciertos indios que pasaban a ella los cristianos, ayuntó mucha o toda su gente y díjoles: “Ya sabéis cómo se dice que los cristianos pasan acá, y tenéis experiencia qué les han parado a los señores fulano y fulano y fulano y a aquellas gentes de Haití (que es la Española). Lo mismo vienen a hacer acá. ¿Sabéis quizá por qué lo hacen?”. Dijeron: “No, sino porque son de su natura crueles y malos”. Dice él: “No lo hacen por sólo eso, sino porque tienen un dios a quien ellos adoran y quieren mucho, y por habello de nosotros para lo adorar nos trabajan de sojuzgar y nos matan”. Tenía cabe sí una cestilla llena de oro en joyas, y dijo: “Veis aquí el dios de los cristianos; hagámosle, si os parece, areítos (que son bailes y danzas) y quizá le agradaremos y les mandará que no nos hagan mal”. Dijeron todos

a voces: “Bien es, bien es”. Bailáronle delante hasta que todos se cansaron, y después dice el señor Hatuey: “Mirá, como quiera que sea, si lo guardamos, para sacárnoslo al fin nos han de matar: echémoslo en este río”. Todos votaron que así se hiciese y así lo echaron en un río grande que allí estaba.

Este cacique y señor anduvo siempre huyendo de los cristianos desde que llegaron a aquella isla de Cuba, como quien los conocía, y defendíase cuando los topaba, y al fin lo prendieron. Y sólo porque huía de gente tan inicua y cruel y se defendía de quien lo quería matar y oprimir hasta la muerte a sí y a toda su gente y generación, lo hobieron vivo de quemar. Atado al palo decíale un religioso de San Francisco, santo varón que allí estaba, algunas cosas de Dios y de nuestra fe (el cual nunca las había jamás oído), lo que podía bastar aquel poquillo tiempo que los verdugos le daban, y que si quería creer aquello que le decía, que iría al cielo, donde había gloria y eterno descanso, y si no, que había de ir al infierno a padecer perpetuos tormentos y penas. Él, pensando un poco, preguntó al religioso si iban cristianos al cielo. El religioso le respondió que sí, pero que iban los que eran buenos. Dijo luego el cacique, sin más pensar, que no quería él ir allá, sino al infierno, por no estar donde estuviesen y por no ver tan cruel gente. Ésta es la fama y honra que Dios y nuestra fe ha ganado con los cristianos que han ido a las Indias.

5. Fuentes en la investigación ideologicoyurídica

La elección de fuentes comunes y compartidas en la investigación ideológica no significa que vamos a realizar ideología jurídica. Recordamos que estamos realizando investigación en el campo del Derecho no en el campo de la ideología, aunque esta elija entre sus múltiples objetos de estudios el hecho jurídico. Es importante tener esto presente para que el uso de una misma fuente no lleve al eclecticismo metodológico o a abandonar el método propio jurídico sustituyéndolo por el ideológico.

En la investigación ideologicoyurídica las fuentes para la investigación son diversas. Una primera fuente puede ser los hechos ideológicos (ideologías) personales, así como los hechos ideológicos sociales directos en su significación jurídica. Un movimiento obrero, un levantamiento popular, una represión gubernamental, los servidores públicos como médicos, maestros, policías, militares, jueces y fiscales, abogados, etc. Una segunda fuente se

encuentra en los documentos populares como relatos, refranes, canciones, cuentos, ritos, celebraciones, etc., en audio o soportes audiovisuales, que tienen relevancia ideológicojurídica. Esta fuente documental, como las que siguen, se refieren a hechos históricos, hechos lejanos o hechos a los que muchas veces no se tiene accesos directamente. En tercer lugar, son también fuente para la investigación ideológicojurídica las inscripciones antiguas o modernas, dibujos, restos y sitios arqueológicos, pinturas, mitos, religiones y cultos con significado ideológicojurídico. En cuarto lugar, en su significado o relevancia ideológicojurídico se encuentran como fuentes los artículos, libros, informes de investigación, normativas, leyes, códigos, sentencias, etc.

- Los hechos ideológicos (ideologías) directos con relevancia jurídica
- Relatos, canciones, cuentos, etc., documentados con significado ideológicojurídico
- Inscripciones antiguas o modernas, dibujos, restos y sitios arqueológicos, pinturas, mitos, religiones y cultos con significado ideológicojurídico.
- Artículos, libros, normativas, leyes, códigos, sentencias, informes de investigación, etc., con relevancia ideológicojurídica

Ejemplo de fuente ideológicojurídica

En este ejemplo las fuentes ideológicojurídicas, como en los casos anteriores, las podemos encontrar en acontecimientos y hechos de la vida sin mediación escrita, en texto y documentos bibliográficos, etc. Aquí se recoge un texto del Manifiesto Comunista, donde K. Marx y F. Engels interpretan la historia humana y, por tanto, también la latinoamericana, como la lucha de clases. Lo que nos interesa encontrar a través de estas fuentes son datos sobre las ideologías presentes y en conflicto en los hechos objeto de estudio. Estos datos obtenidos no son para una caracterización expositiva ideológica de los actores y conflictos sino para relacionar luego cómo dichas ideologías terminan afectando a la realización de los derechos y sus instituciones jurídicas de unos y otros pueblos.

La historia es la historia de la lucha de clases

En los tiempos históricos nos encontramos a la sociedad dividida casi por doquier en una serie de estamentos, dentro de cada uno de los cuales reina, a su vez, una nueva jerarquía social de grados y posiciones. En la Roma

antigua son los patricios, los équites, los plebeyos, los esclavos; en la Edad Media, los señores feudales, los vasallos, los maestros y los oficiales de los gremios, los siervos de la gleba, y dentro de cada una de esas clases todavía nos encontramos con nuevos matices y gradaciones.

La moderna sociedad burguesa que se alza sobre las ruinas de la sociedad feudal no ha abolido los antagonismos de clase. Lo que ha hecho ha sido crear nuevas clases, nuevas condiciones de opresión, nuevas modalidades de lucha, que han venido a sustituir a las antiguas.

Sin embargo, nuestra época, la época de la burguesía, se caracteriza por haber simplificado estos antagonismos de clase. Hoy, toda la sociedad tiende a separarse, cada vez más abiertamente, en dos grandes campos enemigos, en dos grandes clases antagónicas: la burguesía y el proletariado.

De los siervos de la gleba de la Edad Media surgieron los “villanos” de las primeras ciudades; y estos villanos fueron el germen de donde brotaron los primeros elementos de la burguesía.

Figura 25. K. Marx y F. Engels, Manifiesto del Partido Comunista y la destrucción de las Indias (1848)



El descubrimiento de América y la circunnavegación de África abrieron nuevos horizontes e imprimieron nuevo impulso a la burguesía. El mercado de China y de las Indias orientales, la colonización de América, el intercambio con las colonias, el incremento de los medios de cambio y de las

mercaderías en general, dieron al comercio, a la navegación, a la industria, un empuje jamás conocido, atizando con ello el elemento revolucionario que se escondía en el seno de la sociedad feudal en descomposición.

6. Fuentes en la investigación psicojurídica

La elección de fuentes comunes y compartidas en la investigación psicológica no significa que vamos a realizar psicología jurídica. Recordamos que estamos realizando investigación en el campo del Derecho no en el campo de la Psicología, aunque esta elija entre sus múltiples objetos de estudios el hecho jurídico. Es importante tener esto presente para que el uso de una misma fuente no lleve al eclecticismo metodológico o a abandonar el método propio jurídico sustituyéndolo por el psicológico.

En la investigación psicojurídica las fuentes para la investigación son diversas. Una primera fuente puede ser los hechos psicológicos personales y colectivos directos en su significación jurídica. Una mujer víctima de violencia de género, un grupo social o una sociedad agresiva o respetuosa con sus menores y ancianos, etc. En segundo lugar, son también fuente para la investigación psicojurídica el mundo de las emociones personales y colectivas, conscientes e inconscientes, de los seres humanos con significado psicojurídico. Una tercera fuente se encuentra en los documentos populares como relatos, refranes, canciones, cuentos, ritos, celebraciones, etc., en audio o soportes audiovisuales, que tienen relevancia psicojurídica. Esta fuente documental, como las siguientes, se refieren a hechos históricos, hechos lejanos o hechos a los que muchas veces no se tiene accesos directamente. En cuarto lugar, en su significado o relevancia psicojurídica se encuentran como fuentes los artículos, libros, informes de investigación, normativas, leyes, códigos, sentencias, etc. En resumen, las fuentes pueden ser:

- Los hechos psicológicos directos con relevancia jurídica.
- Emociones personales y colectivas, conscientes e inconscientes con significado jurídico.
- Documentos de creaciones populares como relatos, refranes, canciones, cuentos, ritos, celebraciones, etc., con significado psicojurídico.
- Artículos, libros, normativas, leyes, códigos, sentencias, informes de investigación, etc., con relevancia psicojurídica.

Ejemplo de fuente psicojurídica

En este ejemplo las fuentes psicojurídicas, como en los casos anteriores, las podemos encontrar en acontecimientos y hechos de la vida sin mediación escrita, en texto y documentos bibliográficos. Una entrevista, un artículo de periódico, como en este caso se pueden constituir en fuentes de datos para el modo psicojurídico. Lo que nos interesa encontrar a través de estas fuentes son datos psicológicos (procesos cognitivos, emociones y conductuales, alteraciones psicósomáticas y neurológicas, etc.), personales y colectivas, relevantes para ver cómo terminan afectando a la realización de los derechos de y sus instituciones jurídicas.

Yo, maltratador (arrepentido)

“Ella era de Marruecos y estudiaba en el instituto. Yo era agricultor y albañil. Ella tenía 14 años y yo 21. Durante tres años nos veíamos a escondidas. Hasta que la dejé embarazada con 17 y el padre de ella accedió a que me casara, pero siempre que me convirtiera al islam, porque ellos eran musulmanes. Hice mi paripé. Y un año después de que naciera la niña, nos casamos en el 2004”.

“Ella empezó con un trabajo en una fábrica de ropa y ahí la cosa ya se estropeó. Veía como que me engañaba con mi hermano. Cosas raras entre los dos... A mí me gusta dialogar; si no me levantan la voz, yo dialogo. Pero discutíamos por lo de su infidelidad. Ella lo negaba, claro. Poco a poco me iba calentando la cabeza. Ella me decía que estaba loco y que era un amargado. Yo le decía que era una zorra. Soy de advertir, no de amenazar. Y yo le advertía. La niña tendría dos años y nos insultábamos, yo daba portazos, a lo mejor me cogía el coche y me hacía 200 kilómetros para no discutir: pensaba que se lo estaba haciendo con mi hermano, que también lo negaba. Así que un día la tuvimos con el temita. Le tiré del pelo y se marchó con la niña a casa de una amiga que es profesora, llegué a mi piso y vi los armarios de la ropa vacíos. Entonces tuve una explosión de ira y discutimos cerca del mismo cuartel de la Guardia Civil. Al final ella retiró la denuncia porque mi padre la convenció. Estuvimos una semana sin hablarnos y aquello se pasó”.

“La vez que estuve a punto de matarla no sé qué me ocurrió, no sé qué me pasó, tengo muchas lagunas [Niega con la cabeza]... Mi madre acababa de irse con otro y había dejado tirado a mi padre, que estaba muy enfermo...

Vi a mi madre con otro tío por la calle y se me metió en la cabeza que alguien tenía que morir, la venganza, mezclaba todo, como una cafetera que empieza a cocer... Me fui a lavar el coche y cometí el error de irme a la finca de un amigo a beber una cerveza. Y otra. Y otra. Salí borracho. Mi mujer no paraba de llamarme: que no bebas, que no te sienta bien, preocupada... Eran las fiestas del pueblo y me fui a donde los toros a por ella. Tenía pensamientos distorsionados, porque muchas de las cosas no eran reales... La vi con un matrimonio que no soporto: porque yo sabía que él se la quería tirar. Y exploté: la cogí del brazo y me la llevé a rastras, gritando, con la niña detrás, que tendría cinco años. Al llegar a casa la cogí del cuello en plena calle. Si no me la arrancan de las manos los guardias civiles la mato. Yo decía: “¡Muere, muere, puta, muere, muere...!”. Ella estaba muy asustada. Recuerdo su cara desencajada, aquel día tenía miedo. Y con motivo. Yo siempre me tiro al cuello, no sé por qué... La niña lloraba y lloraba y tiraba de su madre. Eso es lo que recuerdo: los ojos de la chica. Cómo tiraba”

Figura 26. Yo, maltratador arrepentido



Pedro Simón. El Mundo, Crónica, 3 de abril de 2016

7. Fuentes en la investigación histórica-jurídica

En la investigación histórica-jurídica, como en los otros tipos de investigación, las fuentes son diversas. Es fundamental tener presente que en este tipo

de investigación no se realiza una actividad científica propiamente histórica, al contrario, se parte de una investigación jurídica en la cual se hace uso de las herramientas empleadas para la investigación histórica, teniendo en cuenta que esta es la “actividad con pretensión científica de conocer con la mayor exactitud y veracidad posible el pasado de los hombres”¹. Dicho esto, las fuentes en el modo histórico-jurídico pueden dividirse en primarias y secundarias. Cuando hablamos de fuentes primarias, nos referimos a aquellos documentos escritos, orales o arqueológicos, contemporáneos en el cual se documentan hechos del pasado que son objeto de estudio. En cuanto a las fuentes secundarias, estas pueden versar sobre documentos o materiales que hacen interpretación de textos que son considerados la fuente principal.

En una investigación histórica-jurídica es fundamental el trabajo minucioso de recopilación de las fuentes que servirán para documentar el trabajo, así como el análisis crítico que de estas se haga. En tal sentido, debe establecerse una jerarquía de los elementos de la investigación, orden de prioridad o preferencia de las fuentes, así como una valoración de la credibilidad y veracidad de estas.

Así pues, en un trabajo de investigación histórico-jurídico se consideran fuentes:

- Documentos jurídicos, textos oficiales, memorias, crónicas, diarios privados y textos literarios.
- Documentos cartográficos.
- Documentos o materiales derivados de restos arqueológicos con aplicación jurídica.
- Entrevistas recogidas en documentos con carácter históricos.
- Material audiovisual.
- Artículos, libros e informes de investigación, con relevancia histórica-jurídica.

Ejemplo de fuente histórica-jurídica

Antes de presentar el ejemplo es fundamental realizar una contextualización del siguiente trabajo que lo ubica como una investigación histórica-jurídica.

1. La investigación histórica. Conceptos generales. Historia, teoría y praxis histórica. (pág.19).

El extracto del artículo que se presenta a continuación se refiere al estudio de la figura de Betty Friedan, quien fue una de las primeras mujeres norteamericanas que ha impulsado el movimiento feminista. Dicho artículo, desde el punto de vista histórico, refleja cómo el trabajo de esta mujer sentó teorías sobre el feminismo, para luego revisar el reconocimiento de derechos para las mujeres.

El feminismo liberal estadounidense de posguerra: Betty Friedan y la refundación del feminismo liberal²

“Betty Friedan es una figura central del nuevo feminismo norteamericano que surge a mediados del siglo XX, un feminismo que tiene la peculiaridad de ofrecer, al mismo tiempo, rendimientos prácticos y teóricos. Desde el punto de vista de la praxis, se articula como un movimiento organizado de mujeres, que lleva a cabo acciones concertadas con el objetivo de realizar determinados fines políticos previamente decididos; lo cual implica que la acción social de las mujeres participantes no es fruto de la mera espontaneidad, sino que obedece a pautas y procesos de reflexión previos. Por otro lado, este nuevo feminismo tan firmemente articulado cristalizó en una de las más antiguas organizaciones feministas: la NOW (Organización Nacional de Mujeres) que B. Friedan cofundó en 1966”.

“Friedan no es una filósofa, sin embargo, en su obra avanza problemas y se adentra por primera vez en campos de investigación que serán característicos de la filosofía feminista posterior. El alcance teórico de su obra se encuentra fundamentalmente en dos de sus libros, los cuales responden a dos situaciones distintas de las mujeres norteamericanas o, en muchos aspectos, de las mujeres occidentales. Se trata de *La mística de la feminidad* (1963) y *La segunda fase* (1981)”.

“La primera de ellas responde a la fase de posguerra que siguió a la Segunda Guerra Mundial. Ya había habido antes mucho feminismo y ya se había conseguido uno de los derechos políticos fundamentales por el que luchó el feminismo anterior con el movimiento sufragista a la cabeza: el voto. Pero, tras el auge del sufragismo, el feminismo en EEUU sufrió un

2. Amorós, C. (Ed.) y Miguel, A. D. (Ed.) (2014). *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización del feminismo liberal a la posmodernidad*. Vol. 2. Madrid, Biblioteca Nueva. Recuperado de <https://elibro-net.upo.debiblio.com/es/ereader/upo/105898?page=14>.

proceso de declive que se inició en los años 20 y continuó hasta las fechas en las que escribió Friedan; al mismo tiempo, en este mismo período histórico aparecieron, de la mano de las nuevas condiciones sociales e históricas, nuevos problemas en la vida de las mujeres. Todos esos problemas son remitidos por B. Friedan en su primer libro a uno: el problema de la identidad femenina, que nace de la preponderancia de un estereotipo de mujer que no satisface a las mujeres reales por mucho que lo intentan”.

8. Fuentes en la investigación socio-jurídica

En la investigación socio-jurídica no solo nos referimos a la investigación desde la sociología, sino que abarca todas las disciplinas de las ciencias sociales (las ciencias políticas, economía, antropología, etnología, historia, psicología, etc.). En ese sentido, en las investigaciones socio-jurídicas se trata de explicar situaciones del mundo social que se consideran complejas, o de establecer relaciones causales entre los fenómenos sociales, por ejemplo, como el aumento del precio de los productos de la canasta básica genera malestar en la población. De igual manera, como señala Clavijo, Guerra & Yáñez este tipo de investigación en su desarrollo guarda una estrecha relación entre sistema normativo y realidad social. Sin embargo, es pertinente indicar, conforme a lo señalado en un capítulo anterior, que en el modo de investigación socio-jurídica se busca explicar situaciones, relaciones sociales, en general, sino aquellas con relevancia jurídica.

En virtud de ello, para este tipo de investigación se utilizan como fuentes aquellas que recogen hechos sociales que ha vivido en determinado momento una sociedad, que pueden caracterizarse como transcendentales, y que se contraponen con el cuerpo normativo o la aplicación del derecho. Así pues, dentro de los principales documentos o materiales podemos señalar:

- Hechos sociales de carácter transcendental con incidencia en la aplicación del derecho.
- Documentos y textos oficiales.
- Artículos, libros, normativas, leyes, códigos, sentencias, informes de investigación, etc., con relevancia socio-jurídica.

Ejemplo de fuente socio-jurídica

En el ejemplo que se muestra a continuación se trata de reflejar una investigación socio-jurídica, en este ejemplo se muestra el caso de un hecho social venezolano conocido como “El Caracazo”, el cual relata cómo el endeudamiento y la aplicación de políticas económicas del Estado, tomando indicaciones del FMI, generaron un estallido social, que derivó en vulneración de derechos a la población, tales como el derecho a la vida y a la manifestación.

Causas e interpretaciones del caracazo

“El elevado endeudamiento externo y la caída de los precios del petróleo colapsaron las finanzas del Estado. Entre 1972 y 1982 el ingreso petrolero representó en promedio 72% del total de los ingresos del Estado, una consecuencia de la baja en los precios internacionales del petróleo fue la insolvencia fiscal para pagar la alta deuda contraída en los años previos. La crisis económica se complementó con la fuga masiva de capitales. Entre finales de 1982 y el primer semestre de 1983 fueron sacados del país 5 mil millones de dólares, con ostensibles efectos negativos sobre la inversión y el empleo”.

“Los sectores populares de Caracas y el área metropolitana, enfrentados con la vertiginosa alza de precios y legitimados por el desabastecimiento, salieron masivamente a las calles el 27 de febrero para saquear supermercados y locales comerciales. Los sectores donde se produjeron los mayores saqueos fueron Caricuao, Nuevo Circo, La Guaira, y Guarenas. El Caracazo, como se conoció posteriormente el movimiento de protesta, tuvo como epicentro a las parroquias que concentraban los mayores niveles de marginalidad social, entre ellas Catia, 23 de Enero, El Valle, La Vega, y en el área metropolitana La Guaira, Guarenas y Petare. Estas parroquias, barrios y municipios han concentrado vastos conglomerados de población marginada de los circuitos de producción y consumo, y presentan las mayores problemáticas en cuanto al déficit de servicios públicos e insatisfacción de necesidades básicas. El 28 de febrero, el gobierno de Pérez ratificó mediante la firma de una Carta de intención con el FMI, el cumplimiento de las medidas anunciadas. Al mismo tiempo, se celebró en el Palacio de Miraflores una reunión en la que el Ministro de la Defensa, General Italo del Valle Alliegro, abogó por la

ejecución del Plan Ávila para controlar los saqueos. El Plan Ávila es un plan diseñado para responder ante emergencias de “orden público” empleando al conjunto de las Fuerzas Armadas. La ejecución del Plan fue autorizada por el gobierno, el presidente Pérez decretó el Estado de Emergencia y estableció el toque de queda. El 28 de febrero a las 4 p.m., el Ministro del Interior declaró la suspensión de las garantías constitucionales. Durante las siguientes 36 horas las Fuerzas Armadas tomaron la ciudad de Caracas causando la muerte a cientos de personas”.

“Durante los días 27 y 28 de febrero fueron muertas y heridas miles de personas como producto del accionar de las Fuerzas Armadas para reprimir los saqueos de supermercados y los incendios de vehículos de transporte público y privado. Según Sonntag, “el ejecutivo reconoció, después de muchas vacilaciones, que hubo 327 muertos civiles y miles de heridos. Estimaciones de periodistas nacionales y corresponsales extranjeros, sin embargo, indicaban más de 1.500 víctimas fatales. Un informe de la División de Inteligencia Militar (DIM) al cual tuvimos acceso hablaba de 2.227 muertos por armas de fuego”.

9. Fuentes en la investigación normativa-jurídica

En la investigación normativa-jurídica “lo que se investiga es la norma jurídica en su contenido abstracto, su fin es la determinación del contenido normativo del orden jurídico en el contexto de validez” (Clavijo, Guerra & Yáñez, pág. 48). De igual manera, como lo señala el autor José De Lima, en su trabajo “Regla y Compás, o Metodología para un Trabajo Jurídico Sensato” en una investigación que parte de lo normativo-jurídico su objeto es resolver dudas, realizar indagaciones e identificar si ciertas acciones o casos están prohibidos, están permitidos o es obligatorio, de acuerdo con el ordenamiento jurídico (p. 48).

En tal sentido, las fuentes para este tipo de investigación pueden ser primarias, secundarias o terciarias, esto porque no solo se puede partir de la revisión de alguna normativa, sino también se puede acudir a los comentarios o interpretaciones que sobre algunas leyes se hayan efectuado, tanto por académicos como por órganos judiciales.

Al respecto, puede ser considerado como fundamentales: las normas jurídicas positivas, la historia de la forma como se crearon las normas positivas,

la interpretación de las normas y su aplicación judicial. Se pueden resumir estas fuentes en:

- Normas, leyes o códigos publicados en los boletines oficiales.
- Sentencias o jurisprudencia.
- Lineamientos, directrices o protocolos de actuación.
- Artículos científicos, libros, informes de investigación, etc., con relevancia en normativa-jurídica.

Ejemplo de fuente normativa-jurídica

El ejemplo que se coloca a continuación sirve para mostrar que el marco de una investigación normativa-jurídica sobre la gestión de la pandemia en el marco de derechos de los adultos mayores que se encuentran en centros geriátricos, es fundamental revisar los lineamientos, directrices, protocolos y otros instrumentos normativos que se dictaran para este grupo de atención prioritaria.

Protocolo para el manejo de personas adultas mayores en el contexto de la emergencia por la Covid-19 en los Centros Gerontológicos residenciales públicos y privados

“Objetivo: definir el manejo de atención a los adultos mayores en los centros gerontológicos residenciales públicos y privados, en el marco de la emergencia sanitaria.

Alcance: este protocolo es de aplicación nacional.

Lineamientos Generales

1. Aspectos Generales: el administrador del centro gerontológico y su equipo técnico deberán contar con un plan de contingencia que estará basado en los lineamientos descritos en este protocolo y otras acciones que deberán estar fundamentadas en la mejor evidencia científica disponible para proteger la salud individual y comunitaria en los centros de gerontológicos.
2. Prevención
 - Visitas. Durante la pandemia el administrador del centro gerontológico deberá indicar que existe restricción de visita...
 - Equipos de protección personal y medidas estándar de protección.

Los administradores de los centros gerontológicos tendrán la obligación de dotar de los equipos de protección personal, según lo normado por las autoridades de salud.

Personal del centro:

- Mascarilla quirúrgica.
- Guantes de manejo (látex o nitrilo).
- Gafas de protección.
- Gorro quirúrgico desechable.

Adulto mayor:

- Mascarilla quirúrgica. Para todos, tanto personal como adultos mayores:
- Lavado de manos de forma frecuente, respetando el tiempo y momento del mismo (agua y jabón) y desinfección de manos (con alcohol o alcohol gel al 70%). Ver Anexo 01”.

10. Fuentes en la investigación jurisprudencial

En la investigación jurisprudencial de investigación busca el análisis de un grupo de fallos emanados por cortes o tribunales, por ello, su principal fuente es la revisión de sentencias de instancias o de altas cortes, denominadas también jurisprudencia. Este tipo de investigación también se nutre de documentos doctrinales sobre análisis y revisión de sentencias o jurisprudencia, lo cual permite tener una interpretación académica, un ejemplo de ello, son aquellos trabajos que se centran en mostrar cómo deciden frecuentemente los jueces en la protección de un derecho determinado. En ese sentido, para este tipo de investigación también se aplican tanto las fuentes primarias, secundarias y terciarias, pudiendo nutrirse el investigador de los siguientes documentos para su trabajo:

- Sentencias de tribunales de instancias.
- Sentencias de cortes de apelaciones.
- Sentencias cortes o tribunales supremos o constitucionales.
- Artículos científicos, libros, informes de investigación, etc., con relevancia en lo jurisprudencial.

Ejemplo de fuente jurisprudencial

En el marco de una investigación jurisprudencial, como se señaló antes, el investigador puede realizar consultas en trabajos con carácter científicos sobre jurisprudencia, en el siguiente ejemplo se muestra una publicación que parte de realizar un análisis comparado sobre el papel y valor de la jurisprudencia en el sistema judicial, para lo cual se analizó la actividad de los tribunales en la aplicación de sentencias.

Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado³ “El valor de la jurisprudencia en tanto fuente del derecho puede ser analizado desde distintas perspectivas. Entre esa gama de posibilidades hemos optado por una aproximación al derecho judicial ecuatoriano desde la *ius* teoría comparada, el contenido del Estado constitucional de derechos, y por supuesto, también desde los particularismos que se advierten tanto en la estructura del sistema de fuentes como en el papel que el juez está llamado a desempeñar dentro de él. En estos puntos en particular se podrá colegir aparentemente la coexistencia e influencia de dos familias jurídicas mundiales, por un lado, nuestra tradición de la familia romano-germánica, y por otro, la familia del *common law*. En ese contexto se analizarán algunos de los problemas más significativos que evidencia la jurisprudencia en tanto fuente del derecho ecuatoriano. Finalmente, consecuencia del análisis, podremos obtener algunas ideas sobre el modelo de trasplantes jurídicos –simple o complejo– que ha prevalecido tradicionalmente en la experiencia ecuatoriana:

[...] Por un lado, el modelo simple, en relación con los agentes, oscurece el hecho de que los trasplantes no son siempre, o no sólo, son promovidos por los gobiernos, que los generadores de este tipo de intercambio de bienes jurídicos no son siempre identificables y que los importadores de derecho no siempre son sistemas jurídicos “subdesarrollados” o dependientes. Este discurso –modelo simple– margina la discusión del hecho de que los sistemas jurídicos “desarrollados” son también constantes importadoras de derecho. Finalmente, el modelo simple desconoce, en relación con el objeto transferido, que aquello

3. Alarcón Peña, P. Repertorio Constitucional 2008-2011.

que se importa o exporta no son siempre reglas de origen legislativo. Los “derechos” que viajan son, entre otros, diseños institucionales, formas de redacción de documentos jurídicos, ideologías, modelos teóricos descriptivos o normativos y métodos de enseñanza o estructuras curriculares. (Bonilla, 2009: 15-17)

Como consecuencia de lo expuesto, queda claro que dentro de la estructura del sistema de fuentes del derecho prevaleciente en la Constitución de 1998 la jurisprudencia no desempeñó la función de adaptación del derecho formal a la realidad social. Ahora bien, cabe señalar que las deficiencias expuestas desde el punto de vista constitucional y legal, han sido objeto de una serie de cambios sustanciales, que nos permitirán concluir sobre la posibilidad de implementación de un modelo de derecho comparado que tenga como parámetro de evaluación de los trasplantes jurídicos a la dimensión sociológica.

11. Conclusión

En este capítulo se ha mostrado algo que tal vez pueda resultar una novedad para muchas personas que se acercan al campo del derecho: la riqueza de fuentes para poder buscar explicaciones a preguntas cuyas respuestas nos son desconocidas al inicio. Esa pluralidad de fuentes, como se ha visto en capítulos precedentes, se corresponde con la pluralidad de modos interdisciplinarios e interculturales (o perspectivas) desde las cuales nos podemos adentrar en el campo del Derecho. La diversidad de los modos y de fuentes abre todo un nuevo horizonte interdisciplinar para la investigación, que se ve enriquecido más aún por la expresión intercultural de unos y otras.

12. Bibliografía

- Amorós, C. y Miguel, A. D. (Eds.) (2014). *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización del feminismo liberal a la posmodernidad*. Vol. 2. Madrid, Biblioteca Nueva.
- Alarcón Peña, P. *Una mirada al derecho judicial ecuatoriano desde el derecho comparado*. En Ávila Lizán, L. F (Ed.). (2012), *Repertorio Constitucional 2008-2011*. Quito, Corte Constitucional, 27-43.

- Courtis, Ch., y M. Atienza (2006). *Observar la ley: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid, Editorial Trotta.
- Hernández Sampieri, R., C. Fernández Collado, y P. Baptista Lucio (2010). *Metodología de la investigación*. México, McGraw-Hill; (y 6ª edición, 2014).
- Pérez Agorreta, M. J. (2012). *Métodos y técnicas de la investigación histórica I*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Salamanca, A. (2015). «La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología». *Redhes: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, VII 14: 59-92.
- Sánchez, Julio Aróstegui (1995). *La investigación histórica: teoría y método*. Barcelona, Editorial Crítica. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=180171>.

Capítulo 19

El estado actual del conocimiento sobre el problema jurídico a investigar (Estado del Arte)

Natalia Mora Navarro
Antonio Salamanca Serrano

1. Introducción

En este capítulo reflexionaremos sobre: ¿qué es el estado actual del conocimiento sobre el problema jurídico a investigar (estado del arte)?, ¿qué importancia tiene para la investigación?, ¿es el estado del arte el marco teórico o no?, ¿es el estado del arte un marco normativo?, ¿cuáles son los pasos para la elaboración del estado del arte?, ¿qué panorama nos puede ofrecer el estado del arte sobre el problema jurídico de investigación?, ¿cómo se puede presentar un estado del arte en un artículo académico, en un artículo y en una tesis?

En esta sección el lector podrá encontrar pautas sobre la elaboración del estado del problema de una investigación jurídica interdisciplinar e intercultural (estado del arte), su diferencia con el marco teórico, el marco jurídico y la relación con la revisión de la literatura, además de comprender el papel que desempeña la literatura en el proceso de la investigación jurídica. También se ofrecen criterios para revisar la literatura de un modo eficiente en su contribución a poder relacionar el problema de investigación jurídica; criterios para detectar, obtener y consultar la información más pertinente sobre el problema de investigación. (Sampieri, 2016).

2. ¿Qué es el estado del problema de investigación jurídica (estado del arte)?

El estado del problema de investigación jurídica interdisciplinar e intercultural (o estado del arte, también llamado) es un relato *histórico evolutivo contextualizado y actualizado* sobre lo que han aportado los investigadores y cómo han abordado el problema de investigación desde su identificación hasta la fecha.

El estado del problema de investigación (o estado del arte) es condición para la elaboración del marco teórico propio, con el que vamos a realizar la indagación. El estado del arte en un trabajo puede terminar con la presentación del marco teórico por el que el autor opta en su investigación.

Sin embargo, también pueden diferenciarse a la hora de presentarlos en el escrito. Los dos no son lo mismo, aunque en ocasiones de forma genérica se les identifique. Tampoco el estado del arte, ni el marco teórico, es un marco jurídico (normativo), ni una yuxtaposición anacrónica de citas de autores o glosario de términos. Estas últimas confusiones es un error muy frecuente en los trabajos de titulación de grado y posgrado en América Latina.

El estado del arte puede estar presente de forma explícita en un artículo, como un apartado introductorio o contextualizador. Pero también puede aparecer de forma implícita a lo largo de todo el texto en el diálogo del autor con los investigadores.

El estado del arte debe elaborarse dando respuesta a las siguientes preguntas como brújula:

- a) ¿qué han aportado a la resolución del problema de investigación jurídica?;
- b) ¿en qué obras y sus años de publicación?;
- c) ¿con qué paradigmas ontológicos y epistemológicos?;
- d) ¿con qué categorías y conceptos?;
- e) ¿qué críticas han recibido por sus limitaciones explicativas?;
- f) ¿en qué estado actual se encuentra el problema de investigación?;
- g) ¿qué queda por hacer?

3. Necesidad de conocer los antecedentes del problema jurídico a investigar

Para iniciar una investigación jurídica es necesario revisar los estudios sobre investigaciones anteriores para saber el origen, la evolución y el estado actual de las explicaciones sobre el problema. La revisión de la literatura, el también llamado “estado del arte” sobre el problema, es fundamental para afinar y contextualizar la investigación:

- *No investigar sobre algún problema jurídico que ya se haya explicado.* La investigación debe ser para aportar conocimiento; por ello debe ser creativa y novedosa. El aumento del conocimiento puede lograrse por diferentes caminos: a) abordando un problema que no se ha investigado; b) profundizando en la explicación de una investigación no muy desarrollada; c) abordando un problema investigado desde una perspectiva diferente (por ejemplo, la legitimidad de las sentencias de los jueces es un problema muy indagado desde el normativismo; sin embargo, si alguien lo estudia desde el modo o perspectiva psicojurídica, le daría a su investigación un aporte novedoso).
- *Estructurar más coherentemente el problema de investigación.* El investigador puede intuir la vinculación de algunas variables en la formulación del problema de investigación. Sin embargo, después de la revisión de lo que se ha investigado puede formular con mayor precisión, coherencia y profundidad la articulación entre aquellas o nuevas variables.
- *Seleccionar el modo (la perspectiva), el enfoque, el diseño y las técnicas principales desde donde se abordará la investigación.* En efecto, la búsqueda de explicación a los hechos puede realizarse de diversas formas, según la disciplina elegida o la interdisciplinariedad e interculturalidad por la que se opta. Por ejemplo, si el problema de la legitimidad de una norma se estudia básicamente desde el punto de vista normativista, el interés se centraría en aspectos como la competencia del órgano productor de la norma, la coherencia sistémica, vigencia, validez, etc. Por otra parte, si la indagación se aborda desde el pluralismo jurídico material, la investigación se abre al horizonte de la legitimidad de los bienes jurídicos detrás de la norma, la axiología jurídica, la democratización política de los sujetos productores del derecho vivo. (Sampieri, 2016).

Muchas de las investigaciones en el campo del Derecho, a pesar de que se ubiquen dentro de la dogmática exegética normativa, no pueden evitar implicaciones, en mayor o menor medida, de otras disciplinas (por ejemplo, la antropología, la política, la psicología, la economía, etc). Ciertamente, la perspectiva o modo seleccionado para la investigación es la perspectiva principal o fundamental. Ahora bien, ésta en realidad casi nunca es la única perspectiva o el único modo. La elección de una u otra perspectiva tiene importantes implicaciones ya que son elecciones de caminos para la investigación.

En las investigaciones jurídicas urge tomar caminos interdisciplinarios e interculturales que enriquezcan la búsqueda de explicaciones al problema utilizando diferentes modos o perspectivas. Si una persona quiere conocer cómo está el desarrollo jurídico ambiental en un municipio, podría emplear una perspectiva normativista. Sin embargo, la revisión de la literatura le puede sugerir el modo sociojurídico como el principal, para ver en la realidad cómo está funcionando o no la normatividad medioambiental. La revisión de la literatura o estado del arte ayuda no solo para elegir el modo que se juzga más apropiado para encontrar explicación al problema de investigación, también ofrece claridad para optar por el enfoque, el diseño y las técnicas más pertinentes. (Sampieri, 2016).

4. Tipos de problemas de investigación jurídica según los estados del arte

Según los estados del arte se pueden diferenciar diversos tipos de problemas jurídicos para investigar:

- **Problemas jurídicos ya investigados, estructurados y formulados**, sobre los cuales se encuentra disponible en documentos escritos y otros materiales que muestran los resultados de investigaciones anteriores.
- **Problemas jurídicos ya investigados, pero menos estructurados y formulados**, sobre los cuales se ha investigado, pero existen solo algunos documentos escritos o materiales de otra clase que informan de la investigación. Con frecuencia la información está dispersa o no fácilmente accesible. En estos casos la revisión de la literatura se hace más complicada, necesitando recurrir a medios informales, contacto directo a expertos en la problemática, profesores, internet, etc.

- **Problemas jurídicos poco investigados y no estructurados.** En estos casos debe encontrarse todo el universo de lo poco que se haya investigado.
- **Problemas jurídicos no investigados.** Cuando los problemas no están investigados, el estado del arte se debe apoyar en las investigaciones más próximas posibles. (Sampieri, 2016).

5. Fuentes y fases de la revisión de la literatura en la investigación jurídica

La revisión de la literatura en la investigación jurídica implica detectar, obtener, consultar, recopilar y analizar sistemáticamente la información sobre el problema de investigación. Ahora bien, la revisión debe ser lo más pertinente, precisa y actualizada posible. Para ello, el investigador debe seleccionar la información según estos criterios. Debe evitar perderse en el océano de la información sobre el tema en general. Para ello ayuda mucho delimitar la búsqueda al ámbito de las variables que recoge la formulación del problema, la pregunta de investigación. (Sampieri, 2016).

En la revisión de la literatura (selectiva y lo más precisa sobre el problema de investigación) las fuentes son primarias, secundarias y terciarias, además se presentan las siguientes fases: detectar, obtener, consultar, recopilar, sistematizar y analizar las distintas bases de datos, bibliotecas, documentos de internet, entre otros, etc.

5.1. Inicio de la revisión de la literatura

Para la detección de la información pertinente, precisa y actualizada, se recurre a las variables del problema de investigación, formulado en este momento de forma provisional, gracias a una primera lectura de acercamiento. Estas variables o descriptores ayudan a identificar las “categorías”, “palabras clave”, “descriptores” o “términos de búsqueda”. Los expertos también nos pueden ayudar a seleccionar tales palabras.

La precisión en los motores de búsqueda (Google, Yahoo, Bing, etcétera) ahorra mucho tiempo, elimina angustia y centra el trabajo en la brújula del problema. Si el problema provisionalmente formulado es, por ejemplo: ¿cómo afecta el estadio de desarrollo moral, según C. Gilligan, de

los jueces de la Corte Provincial de Imbabura (Ecuador), en las garantías de los derechos del niño a través de sus sentencias desde 2008? La búsqueda debe iniciarse sobre la intersección de estas variables: a) estadios de desarrollo moral según C. Gilligan; b) jueces de la Corte Provincial de Imbabura; c) garantías de derechos del niño; d) sentencias de jueces de la Corte Provincial Imbabura. No se debe buscar información general sobre a) derechos del niño; b) estadios de desarrollo moral o c) sentencias de los jueces de dicha Corte Provincial. Esto nos consume mucho tiempo y no se centra propiamente en el problema.

A la pertinencia, precisión y actualidad de la revisión de la literatura ayuda que las búsquedas se hagan en varios idiomas, así como que las bases de datos de búsqueda sean propias del campo de investigación. Por ejemplo, Dialnet, Latindex, Redalyc, Scielo, Taylor and Francis, Jstor, Lexis, Westlaw, etc. Una vez elegida la base de datos que emplearemos, procedemos a consultar el:

catálogo de temas, conceptos y términos” (el tesoro) respectivo, que contiene un diccionario o vocabulario en el cual podemos hallar un listado de palabras para realizar la búsqueda. Del catálogo debemos seleccionar las palabras o conceptos “clave” que le confieran una dirección a la consulta. También podemos hacer una búsqueda avanzada con esos términos, utilizando los operadores del sistema booleano: and (en español “y”), or (en español “o”) y not (en español “no”). Con los descriptores y las preposiciones estableceremos los límites de la consulta al banco o la base de referencias.

La búsqueda nos proporcionará un listado de referencias vinculadas a las palabras clave (dicho de otra manera, el listado que obtengamos dependerá de estos términos llamados descriptores, los cuales escogemos del diccionario o simplemente utilizamos los que están incluidos en el planteamiento)” (Sampieri, 2016).

En los motores de búsqueda y bases de datos podemos determinar el periodo. Como hemos indicado, las referencias deben ser lo más actuales posibles. Desde ellas podemos encontrar las obras y autores centrales para el estado del arte.

Es importante mencionar que no todos los documentos sobre el problema de investigación disponibles resultan valiosos para la investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural. El investigador debe hacer un cribado de la información separando:

1. La información que es mera opinión.
2. La información sin fundamento.
3. La información no corroborada o verificada.

5.2. Obtención de la literatura para la investigación jurídica, fuentes primarias, secundarias y terciarias

La obtención de la información se realiza a través de las fuentes primarias, secundarias y terciarias. Las fuentes terciarias y secundarias pueden ser una ayuda para identificar las fuentes primarias. Una vez identificadas estas últimas, se procede a su localización sea en las “bibliotecas físicas y electrónicas, filmotecas, hemerotecas, videotecas u otros lugares donde se encuentren”. El investigador debe conformar su biblioteca física y/o digital con los libros, artículos de revistas y otro material identificado y localizado para su investigación.

Fuentes primarias

Las referencias o fuentes primarias proporcionan datos de primera mano, pues se trata de documentos que incluyen los resultados de los estudios correspondientes. Ejemplos de éstas son: libros, antologías, artículos de publicaciones periódicas, monografías, tesis y disertaciones, documentos oficiales, reportes de asociaciones, trabajos presentados en conferencias o seminarios, artículos periodísticos, testimonios de expertos, documentales, videocintas en diferentes formatos, foros y páginas en internet, etcétera. artículos de revistas científicas y ponencias o trabajos presentados en congresos, simposios y eventos similares, entre otras razones, porque estas fuentes son las que sistematizan en mayor medida la información; generalmente profundizan más en el tema que desarrollan y son altamente especializadas. Además de que

puede accederse a ellas vía internet. Así, Creswell (2009) recomienda confiar en la medida de lo posible en artículos de revistas científicas, que son evaluados críticamente por editores y jueces expertos antes de ser publicados.

En el caso de los libros, para delimitar su utilidad por cuestión de tiempo, conviene comenzar analizando la tabla o índice de contenido y el índice analítico o de materias, los cuales proporcionan una idea de los temas incluidos en la obra. Al tratarse de artículos de revistas científicas, lo más adecuado es revisar primero el resumen y palabras claves, y en caso de considerarlo de utilidad, examinar las conclusiones, observaciones o comentarios finales o, en última instancia, todo el artículo. (Sampieri, 2010: 53).

Fuentes secundarias

“Fuentes secundarias son listas, compilaciones y resúmenes de referencias o fuentes primarias publicadas en un área de conocimiento en particular, las cuales comentan artículos, libros, tesis, disertaciones y otros documentos especializados”. (Sampieri, 2010:10, del anexo Marco Teórico).

Fuentes terciarias

Este tipo de clasificación de fuentes de información incluye datos que proviene de fuentes secundarias. Dentro de esta categoría se pueden encontrar artículos de revistas, páginas de Internet, libros que citan otros autores, entre otros. En el presente análisis se consultarán páginas Web y libros que son el resultado de investigaciones de autores en otras fuentes de información o que son resúmenes de varios autores. (Sampieri et al., 2003).

A través de estas fuentes podemos encontrar material para la consulta posterior. A modo de ejemplo reproducimos el siguiente ejemplo de H. Sampieri (2014: p. 66) de tipos de artículos como fuentes primarias:

Tabla 22
*Principales tipos de artículos que podemos encontrar**

Tipos de artículos	Descripción del contenido básico	Utilidad potencial para nuestra investigación	Asignación del profesor para la cual es pertinente este tipo de artículos
Reportes de investigación empírica (resultados)	Presentan resultados y descubrimientos producto de recolectar y analizar datos, respondiendo a un planteamiento del problema.	Detectar o identificar palabras clave, planteamientos, abordajes o enfoques, teorías, hipótesis, variables, definiciones, diseños, muestras, instrumentos y análisis, así como conocer sus procedimientos. Encontrar ejemplos. Comparar nuestros resultados con estudios previos.	Trabajo o tesis que implica un estudio empírico (nos solicitan recolectar y analizar datos).
Reportes de evaluación o diagnóstico	Muestran los resultados de una evaluación o diagnóstico hecho a un programa, intervención, organización, proceso, maquinaria o el estado actual de uno o varios casos respecto de una o más variables.	Detectar o identificar palabras clave, planteamientos, abordajes o enfoques, teorías, hipótesis, variables, definiciones, diseños, muestras, instrumentos y análisis, así como conocer sus procedimientos (ejemplos: evaluar un proceso de calidad, un diagnóstico clínico, de la situación financiera de una empresa, del estado de una maquinaria). Encontrar ejemplos. Comparar nuestros resultados con estudios previos.	Trabajo o tesis que comprende una evaluación o diagnóstico (si es del estado actual, una sola recolección de datos; si se trata de evaluar una intervención, una recolección antes y otra después de ella).
Revisiones, síntesis, metaanálisis	Integran información de varias investigaciones previas o informes de evaluación. Consideran coincidencias y divergencias entre estudios previos para obtener conclusiones en el análisis de un procedimiento o fenómeno.	Detectar o identificar palabras clave, planteamientos, abordajes o enfoques, teorías, hipótesis, variables, definiciones, diseños, muestras, instrumentos y análisis, así como conocer sus procedimientos. Encontrar ejemplos. Comparar nuestros resultados con estudios previos.	Marco teórico de un trabajo o tesis que implica estudio empírico. Tesina o monografía. En el caso de metaanálisis: un estudio empírico amplio para analizar los datos obtenidos por investigaciones previas.

Tabla 22
*Principales tipos de artículos que podemos encontrar**

Tipos de artículos	Descripción del contenido básico	Utilidad potencial para nuestra investigación	Asignación del profesor para la cual es pertinente este tipo de artículos
Artículos conceptuales o teóricos	Analizan un nuevo concepto, variable, hipótesis o teoría; o bien, describen conceptos, variables, hipótesis o teorías existentes relacionados con un planteamiento.	Detectar o identificar palabras clave, planteamientos, teorías, hipótesis, variables y definiciones.	Marco teórico de un trabajo o tesis que implica estudio empírico o teórico. Tesina o monografía.
Reportes descriptivos	Definen y describen un evento, fenómeno, hecho, programa, proceso, caso (individuo, objeto, organización, comunidad, etcétera).	Detectar o identificar palabras clave, planteamientos, conceptos, variables y definiciones, muestras, instrumentos y análisis. Encontrar ejemplos. Comparar nuestros resultados con estudios previos.	Trabajo o tesis que implica un estudio empírico descriptivo (nos piden recolectar y analizar datos).
Ensayos	Presentan una argumentación respaldada por evidencias.	Detectar o identificar palabras clave, planteamientos, conceptos, variables y definiciones potenciales. Encontrar ejemplos. Interpretar nuestras conclusiones.	Monografía. Elaborar la introducción de un trabajo o tesis que implica un estudio empírico o teórico. Desarrollo de la discusión (conclusiones de un trabajo o tesis).
De opiniones	Exponen el punto de vista de un autor respecto a un tópico.	Detectar o identificar palabras clave, planteamientos, conceptos y variables potenciales.	Introducción de un trabajo o tesis.
Revisiones de libros o artículos	Describen o analizan los elementos básicos de libros y artículos (objetivos, contenidos básicos, enfoque y utilidad).	Detectar libros y artículos que pueden ser útiles para nuestra propia investigación.	Regularmente no se integran a las referencias o bibliografía, pues simplemente ayudan en la decisión sobre consultar el libro original.

* Adaptado parcialmente de Savin-Baden y Major (2013, p. 118).

5.3. Consulta de la literatura

Una vez que se han localizado y obtenido los artículos, libros y demás documentos o material para la investigación, se da paso a la etapa de la consulta. El objetivo de la consulta es doble:

- a) Identificar el origen histórico del problema de investigación: a) qué investigadores detectaron el problema, con qué obras y con qué metodología; b) qué evolución ha tenido la investigación sobre el problema (los principales investigadores, sus obras y metodologías); c) cómo está el problema de investigación al momento de iniciar la propia (qué se ha resuelto y qué queda por resolver).
- b) Seleccionar y clasificar las investigaciones según los marcos teóricos y metodológicos de la investigación de cada uno de los autores. Esto es importante para poder después elegir el marco teórico-metodológico propio que suponemos puede resultar de utilidad para el avance en la explicación del problema de investigación, así como para la discusión con los otros marcos teórico-metodológicos.

Crterios para la consulta de la literatura

- ¿Qué busca la consulta de la revisión de la literatura?: origen, evolución y estado actual del problema de investigación jurídica; los paradigmas con los que se ha abordado, con sus conceptos y categorías; así como sus metodologías.
- ¿Qué obras y autores se relacionan con mi problema de investigación? ¿Cómo?
- ¿Qué elementos del problema de investigación abordan? ¿Cómo?
- ¿Contribuyen a profundizar mi investigación? ¿cómo ayuda a identificar, delimitar y formular con precisión el problema de investigación? ¿cómo ha evolucionado en el tiempo la investigación del problema? ¿cómo está el problema de investigación hoy?
- ¿Desde qué modo o perspectiva interdisciplinar e intercultural jurídica se aborda el problema de investigación? (psicoyurídico, normativa, jurisprudencial, antropojurídico, sociojurídico, axiológicojurídico, historicojurídico, economicoyurídico, ideológicojurídico, etc.).

- ¿Desde qué modo o perspectiva interdisciplinar e intercultural jurídica se aborda el problema de investigación? (psicoyurídico, normativa, jurisprudencial, antropoyurídico, sociojurídico, axiologoyurídico, historicojurídico, economicoyurídico, ideologoyurídico, etc.).

El cómo de la consulta de la revisión de la literatura o estado del arte

- En la consulta se sugiere comenzar revisando los índices de los libros; en los artículos, los resúmenes, palabras clave y conclusiones.
- Si se encuentra algún libro, capítulo de libro o artículo particularmente pertinente se aconseja su lectura completa. En todo el material, también se sugiere revisar la bibliografía utilizada por los autores, por si en ella localizamos otras obras que pueden resultar de interés para nuestra investigación.
- En la lectura de los documentos se debe obtener ideas, citas textuales, datos y cifras, valoraciones, etc., todo ello debidamente citado y referenciado. La elaboración de fichas puede ser un recurso para ordenar este trabajo
- También sistematización del trabajo puede ayudar la elaboración del mapa del estado del arte (o revisión de la literatura). En el mismo se debe indicar los autores y obras, y, en ellos, los conceptos, categorías y paradigmas ontológicos y metodológicos desde donde han realizado sus indagaciones.

Estrategia para la revisión de la literatura en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural

La revisión de la literatura o estado del arte es un proceso de ida y vuelta, se selecciona por su contribución para:

- a) identificar y afinar la formulación de investigación jurídica.
- b) elaborar el relato histórico de la evolución de la investigación sobre el problema.
- c) identificar los marcos teóricos-metodológicos con los que se ha realizado la investigación por los diferentes autores (sus paradigmas).

6. ¿Qué nos puede revelar la revisión de la literatura o estado del arte en el campo jurídico?

El resultado de la revisión de la literatura o estado del arte sobre el problema de investigación en el campo jurídico puede abrir los siguientes escenarios:

- 1º La constatación de la existencia de *teorías (y metodologías) elaboradas y/o consolidadas* en la indagación sobre el problema de investigación jurídica, utilizadas por los diferentes investigadores. Ello suele ir unido también de abundancia de trabajos de investigación y datos disponibles.
- 2º La constatación de pluralidad de *teorías (y metodologías), no consolidadas o hegemónicas*, pero con cierto grado de poder explicativo, compartidas por algunos trabajos de investigación.
- 3º La constatación de algunos *fragmentos* de teorías con cierto poder explicativo para el problema de investigación propuesto.
- 4º La constatación de hallazgos aislados, sin integrar aún teorías.
- 5º La constatación de que estudios con inconsistencias teóricas y/o metodológicas, lejanos, escasos o completamente inexistentes sobre nuestro problema de investigación. (Sampieri, 2016).

Ejemplo de estado del arte en artículo (fragmento)

El Derecho de autodeterminación¹

En un sentido amplio, de conformidad textual con la Resolución 2.625 (XXV) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970: “todos los pueblos tienen el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política, y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta”. En principio, el *derecho de autodeterminación* es, pues, la capacidad jurídica que detenta un sujeto colectivo, un “pueblo”, para decidir plena y libremente sobre su “condición política”. O, como reza literalmente el artículo 1.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva

1. Fuente: Zabalza, José Ignacio Lacasta. «El Derecho de Autodeterminación». En *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, 2000, ISBN 84-7993-017-9, págs. 295-304, 295-304. Universidad Internacional de Andalucía, 2000. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6064048>.

York (19 de noviembre de 1966): “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de ese derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

Históricamente, este derecho ha pasado por diferentes fases de actualización e interpretación. Un momento decisivo para sus primeros pasos culturales, minuciosamente estudiado por Charles Taylor, se sitúa en el proceso de independencia de los Estados Unidos de América con respecto a la “nación inglesa” de Europa. Allí nació la idea moderna por la que toda “nación” tiene derecho a autodeterminarse “para obtener la autonomía del gobierno del pueblo que la compone” (Taylor, 1999, pp. 89-90). Una nueva dimensión del ideal de la libertad exige la separación de la colonia americana de la metrópoli inglesa para fundar una nación y autogobernarse.

La Revolución francesa también colaboró de modo concluyente en la elaboración del ideal autodeterminante, por la búsqueda de la autonomía política nacional, la formación de una administración democrática y una progresiva participación popular de la “nación” en la adopción de resoluciones políticas y jurídicas. Como ha sabido verlo Javier Villanueva, el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que instauro el “derecho a la resistencia contra la opresión”, sobre todo en su formulación constitucional de 1793 (artículo 35), al ser pensado como un “derecho-deber” de “insurrección” del “pueblo” contra todo gobierno que viole sus derechos e incurra en actividades tiránicas, precede con su propuesta de autoafirmación de ese “pueblo” contra el orden injusto, con la democracia como condición *sine qua non*, a la perspectiva misma de la autodeterminación. Pues, sin condiciones democráticas, ni siquiera puede ponerse en movimiento el ejercicio de ese derecho autodeterminante o de cualquier otro derecho (Villanueva, 1991, pp. 249-253).

El “derecho a la insurrección” es anterior al “derecho de autodeterminación”. También lo son otras propuestas jurídicas revolucionarias y francesas, como la de la “unión voluntaria” de la población bajo un mismo régimen (lo que aconteció en octubre de 1790, mediante la incorporación voluntaria de Alsacia a Francia). Otro tanto ocurre con la renuncia del poder revolucionario francés a las guerras de conquista de otros pueblos (22 de mayo de 1790 y textos constitucionales de 1791 y 1793). Que cada pueblo “es absolutamente el señor de su casa” constituye un principio del Derecho de

Gentes del mismo período revolucionario, en esa versión de la diplomacia gala y de Carnot, que tiene ya un color claramente autodeterminante, pese a su completa torcedura posterior a manos de Napoleón Bonaparte y del nuevo orden internacional por él promovido.

Varias aspiraciones jurídicas iguales y similares fomentaron los movimientos revolucionarios de 1848 en Europa. Desde entonces hasta fines del siglo XIX hay un itinerario abierto por las nuevas naciones que aspiran a instituir su propio Estado. Es el caso del alumbramiento de Noruega o el de la unificación nacional italiana. Precisamente, uno de los teóricos de esa unidad de Italia va a ser el autor de importantes reflexiones iusfilosóficas de posterior repercusión autodeterminante. Se trata de Pascuale Stanislao Mancini (1817-1888). Junto a un interesante Derecho Internacional de inspiración kantiana que rechaza el uso de las armas y la fuerza para la resolución de los conflictos entre los diversos países, Mancini formula una teoría bastante desarrollada de la “nación” y de la “nacionalidad”, que le llevó a proponer el “sacrosanto derecho de las nacionalidades a constituirse libremente”. Filosofía liberal, pero contenedora a la vez de algunos aspectos problemáticos que van a resurgir, de manera negativa, en otros pensadores nacionalistas. Su visión naturalista y étnica de la “nación” como “comunidad de raza” es asaz conflictiva. Si bien Mancini introduce otros muchos elementos más racionales, y muy equilibrados, como cuando exige una necesaria “conciencia social” de querida pertenencia a la “nación” por parte de la gente habitante del territorio en cuestión (Villanueva, 1991, pp. 135-146).

Ejemplo de estado del arte en tesis (fragmento)

“Uso Estratégico del Derecho: Reconocimiento del matrimonio de parejas del mismo sexo en Argentina”²²

a) De la represión a la equiparación de derechos: unión civil vs. matrimonio homosexual

Las luchas reivindicatorias de la ampliación y reconocimiento de derechos de las minorías sexuales han estado caracterizadas, en la Argentina, por un vertiginoso ascenso. En efecto, en un plazo relativamente breve, la diversidad ha pasado de ser un colectivo con escasa visibilidad a posicionarse como la política de vanguardia en América Latina.

En las últimas tres décadas, la cuestión gay ha sufrido un doble desplazamiento: de la represión militar a la tolerancia privada y de allí a la lucha por la equiparación de derechos.

El regreso de la democracia, en 1983, marca el punto de inflexión del primer desplazamiento señalado en un doble sentido: en primer lugar, en tanto que pone fin a la persecución²³ de la que la “homosexualidad” había sido objeto en el denominado “Proceso de Reorganización Nacional” (1976-1983) y por el otro, representa el marco en el cual surge la organización CHA, constituida en el año 1984, máximo representante político de este colectivo durante las décadas siguientes.

Durante los primeros años de vida, las reivindicaciones de esta organización tuvieron un carácter que Meccia (2006) denomina como “negativo”²⁴, esto es así porque no buscaban el ejercicio de una presencia pública activa, sino, más bien,

²⁰ Esto implica que el Estado soporta económicamente al culto católico (art. 2 CN) a pesar de promulgarse como un Estado libre de culto (art. 14 CN).

²¹ La minimización del Estado y la crisis de la legitimidad en las que han incurrido los agentes tradicionales de la sociedad política (sindicatos, partidos, etc.) durante la globalización neoliberal ha llevado al resurgimiento de la sociedad civil. Se sugiere ver: Cohen y Arato (2000).

²² Santos, abocada a la investigación de las organizaciones LGTB en Portugal, señala: “La idea que la arena jurídica es la forma de acción preferencial del movimiento LGTB en el proceso de búsqueda de emancipación que presupone el reconocimiento socio-político de sus derechos de ciudadanía” (2004a:10).

²³ Se invita a leer diversos estudios que reconstruyen la homosexualidad en la época de la dictadura en la Argentina: Rapisardi y Modarelli (2001), Litardo (2009).

²⁴ Meccia ilustra: “En los primeros años de la democracia la lista de reclamos de los homosexuales constituía una dramática descripción de su vida cotidiana: no a las razias policiales en los lugares de reunión, no a la discriminación en los ámbitos de trabajo, no a la penalización por caminar vestidos con ropa del sexo opuesto” (2006:54).

2. Fuente: Manzo, Mariana Anahí. «Uso Estratégico del Derecho: Reconocimiento del Matrimonio de Parejas del Mismo Sexo En Argentina». Oñati Socio-Legal Series 1, No 1 (2011): 6-35.

incorporar sus manifestaciones en el marco del ámbito de protección y tolerancia. Reclamo que, en fin, pretendía que la homosexualidad no fuese perseguida por el Estado u otras instituciones afines.

En 1987 se sanciona la ley que admite el divorcio vincular (Ley 23.672), hecho trascendente para la temática que se aborda. Su relevancia para nuestro trabajo deviene al menos por tres razones:

- a) Aparece como la última gran modificación a la institución matrimonial que recepta nuestro país y como antecedente inmediato al de la presente.
- b) Enfrenta al gobierno nacional con la IC. Esta institución era la principal opositora a la modificación pretendida. Defendía, a partir de preceptos religiosos, las propiedades esenciales otorgadas a dicha "figura sacramental", la de unidad (monogamia) e indisolubilidad en la vida de los esposos.
- c) Movilizó, al igual que el conflicto actual, dos órganos del Estado. En primer lugar, el divorcio vincular fue admitido, tras el conocido fallo Sejean²⁵ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y luego, desde allí, se sancionó con fuerza de ley, un año después, en el Congreso Nacional.

Los años '90 marcan, en términos generales, un retroceso para las aspiraciones de las organizaciones de la diversidad sexual²⁶ en virtud de la estrecha relación del gobierno "menemista" con la IC. Luego de un escándalo internacional, el Presidente le reconoce a la CHA la "Personería Jurídica" históricamente denegada.

No obstante, durante esos años se suceden una serie de acontecimientos que le permiten comenzar a posicionarse dentro de la esfera pública: trágicamente el SIDA, posibilita a esta minoría identificarse como un colectivo político. En el año 1990, se logra la promulgación de la "ley nacional de lucha contra el SIDA", seguida de la "ley antidiscriminatoria" (Ley 23.592) y de la "primera marcha del orgullo gay"²⁷ realizada en la ciudad de Buenos Aires en el año 1999.

El escenario político post-crisis 2001 será el momento para el segundo desplazamiento señalado. El colectivo de la diversidad no sólo lucha en contra de la discriminación, sino que irá un paso más allá, abogando por la equiparación de derechos de los homosexuales al resto de la sociedad y aquí el "derecho de familia"²⁸ adquiere ciertamente un carácter central. En el año 2002, la CHA²⁹ consigue que la legislatura porteña admita la figura de la "unión civil para parejas del mismo sexo" y, amparados por este antecedente, presenta un proyecto al Congreso Nacional que finalmente no prosperará.

El año 2005 aparece como un año clave para nuestra temática. En primer lugar, el Poder Ejecutivo impulsa al INADI a conformarse como un organismo descentralizado en la órbita del Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos de la Nación. Esta institución abre dos líneas de lucha (género y diversidad sexual) y hace a una participación central en la defensa del matrimonio homosexual.

²⁵ Fallo *Sejean* (1986). Disponible en: <http://falloscsn.blogspot.com/2008/05/sejean-juan-b-c-zaks-de-sejean-1986.html>.

²⁶ Durante ocho años, la Inspección General de Justicia denegó la obtención de la Personería Jurídica a la CHA por no corresponderse al "bien común" de la sociedad.

²⁷ La marcha de San Pablo, Brasil es ejemplificadora para la de Buenos Aires.

²⁸ Las parejas homosexuales al no estar reconocidas por el derecho, son privados de un cúmulo de garantías como: el acceso a la Seguridad Social, la ayuda económica para la familia y el hogar, la concesión de permiso por defunción, el derecho a recibir los partes médicos, la pensión por viudez, etc.

²⁹ Modarelli, et al señalan: "CHA recibió en la legislatura el Premio de Las Estrategias Legislativas del año 2002. El día 16 de julio dos de sus activistas se unieron para legalizar, por primera vez a una pareja del mismo sexo" (2005:127).

7. Bibliografía

- Hernández Sampieri, R., C. Fernández Collado, y P. Baptista Lucio (2010). *Metodología de la investigación*. México, McGraw-Hill; (y 6ª edición, 2014; y 2016).
- Manzo, M. A. (2011) «Uso Estratégico del Derecho: Reconocimiento del Matrimonio de Parejas del Mismo Sexo En Argentina». *Oñati Socio-Legal Series* 1, N^o 1: 6-35.
- Lacasta Zabalza, J. I. (2000). «El Derecho de Autodeterminación». En Carlos Alarcón, Juan Jesús Mora (coords.) y Ramón Luís Soriano (dir.) *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos*, Universidad Internacional de Andalucía: 295-304.
- Salamanca, A. (2015). «La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología». *Redhes: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, VII 14: 59-92.

Capítulo 20

La determinación del marco teórico-metodológico propio en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural

Antonio Salamanca

1. Introducción

El estado del arte o marco teórico del problema que se va a investigar debe terminar con la identificación y justificación del paradigma teórico y metodológico jurídico (ontológico y epistemológico) que elige el investigador para su indagación. Ello se hace en función del potencial que se asume, tiene ese paradigma elegido para avanzar en la exploración, en el análisis sistematizador y/o en la búsqueda de explicación del problema. La justificación de la elección se realiza en comparación con el potencial explicativo que para nuestro estudio ofrecen los diferentes marcos teóricos y metodológicos utilizados por los diferentes autores tratados.

La identificación y justificación del paradigma teórico/metodológico elegido por el alumno en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural debe poder:

- Determinar el paradigma ontológico jurídico fundante en que se ubica: iusnaturalismo (teocrático, racionalista, etc.); positivismo: realismo escandinavo, pragmatismo estadounidense, normativismo, positivismo analítico, consensual-discursivo, pluralismo jurídico, etc.; pospositivismo; pensamiento jurídico crítico: Critical Legal Studies, crítica jurídica,

materialismo jurídico (marxismo jurídico, iusmaterialismo, materialismo jurídico cultural, etc.), pluralismo jurídico crítico, etc.

- Determinar, en función del paradigma jurídico en el que se ubica la investigación, el camino de investigación (lo que normalmente se entiende por método o metodología) más coherente con dicho paradigma ontológico fundante y apropiado para la investigación (vgr. analítico, realismo crítico, análisis del discurso, materialismo histórico, constructivismo social, etc.).

En lo que sigue, con un ejemplo, vamos a indicar algunos de los elementos metodológicos y ontológicos que el investigador en el campo del derecho debe tener presentes a la hora de optar y determinar qué metodología y qué paradigma ontológico del derecho asume en su búsqueda. Tenerlo claro, y explicitarlo al lector, en el informe final, ayuda mucho para entender las estrategias seguidas, las dificultades y las posibilidades de ese camino de explicación.

2. La determinación del marco metodológico más apropiado para la investigación jurídica propia

La disciplina que se ocupa propiamente de los caminos del conocimiento es la epistemología jurídica. Con respecto al primero de los ámbitos de estudio de la epistemología jurídica, dos son los grandes paradigmas que se pueden distinguir: (a) el escepticismo cognitivo respecto a la cientificidad del dinamismo estructural del conocimiento jurídico; (b) la cientificidad del dinamismo estructural del conocimiento jurídico. Este trabajo se enmarca en el segundo de los horizontes, no por mera opción arbitraria, sino por el poder explicativo ofrecido por los conocimientos obtenidos en aplicación del método científico.

- a) Paradigma del escepticismo cognitivo respecto al método científico jurídico. Este paradigma tiene sus raíces en los pueblos antiguos de todos los continentes. Testimonio de ello son, por ejemplo, los logógrafos, sofistas y cínicos de la Grecia Antigua. En el siglo V a.C., encontramos en Protágoras y Gorgias tesis relativistas y escépticas ante la realidad y, en este caso, ante el método para poder conocerla: “nada existe; si algo existiera no podría ser conocido por el hombre; si algo existente

y pudiese ser conocido, sería imposible expresarlo en el lenguaje a otro hombre”. Sin embargo, en Occidente no fue hegemónico ese horizonte hasta el siglo XIX. David Hume, con su obra *Tratado de la Naturaleza Humana* (1739), retomando la tradición del relativismo y escepticismo antiguo, desarrolla algunos aportes de J. Locke y G. Berkeley. Unos años más tarde (1781), I. Kant, con su obra *Crítica de la razón pura*, levantará en la epistemología el muro entre la cosa en sí (el noumeno), que siempre es incognoscible, y el mundo de los fenómenos, que es lo único que podemos esperar conocer de la realidad. La realidad material del espacio, tiempo y las categorías queda desmaterializada en meras condiciones de posibilidad de los fenómenos (idealismo trascendental kantiano). De estas fuentes epistemológicas abrevará el escepticismo y relativismo metodológico del positivismo jurídico. Algunos los más radicales negarán toda realidad jurídica (Salamanca 2015, 80-81).

Otros, además –o siendo algo más moderados– solo negarán que haya un método científico para acceder al conocimiento jurídico, y si lo existiese, niegan que se pueda expresar lingüísticamente para que otro ser humano lo pueda conocer. La “investigación jurídica” resulta imposible, solo caben estudios de:

- Los comentarios o glosas de las normas como expresión de la voluntad arbitraria de quien tiene el monopolio de la violencia del poder para imponerla;
- Articulación jerárquico-sistemática de esas normas como expresión de aquella voluntad;
- Condiciones de posibilidad del discurso jurídico intersubjetivo;
- La retórica y argumentación del discurso jurídico;
- La eficacia de las voluntades normativas de los legisladores y jueces (Salamanca 2015, 80-81).

b) Paradigma de la científicidad del conocimiento jurídico: fases de su dinamismo estructural. En este segundo paradigma se afirma que existe la realidad jurídica, que se puede conocer, y que se puede comunicar; que el hecho del Derecho pueda ser investigado científicamente. Tres momentos o fases se pueden diferenciar en el dinamismo epistemológico de la investigación jurídica:

- la aprehensión intercultural e interdisciplinar de los hechos problemáticos, caóticos y confusos de la realidad jurídica;

- el análisis sistémico (dialéctico o respectivo) de los hechos jurídicos apprehendidos en sus diferentes modos interculturales e interdisciplinares;
- la probación intercultural e interdisciplinar con la realidad de los hechos (verificación, construcción social, falsación) de la fuerza explicativa de la hipótesis o argumentación jurídica postulada (Salamanca 2015, 80-81).

Los diferentes métodos o metodología de investigación en general, y de investigación jurídica en particular, como el método analítico, realismo crítico, análisis del discurso, materialismo histórico, constructivismo social, etc., tienen sus fundamentos en algunas de estas dos grandes divisorias epistemológicas.

2.1 Paradigmas jurídicos en disputa en Ecuador en el siglo XXI

Aterrizando en un caso concreto, para el investigador que pretenda realizar una investigación jurídica interdisciplinar e intercultural en Ecuador, tal vez le pueda ayudar conocer los paradigmas jurídicos en disputa sobre lo que se cree que es el derecho (paradigmas ontológicos) así como sobre cuál es el camino o los caminos para su investigación (paradigmas epistemológicos). Lo que sigue, además de un ejemplo, presenta elementos que pueden resultar de utilidad para que el investigador identifique los marcos teóricos y metodológicos desde los que trabajan los autores que han abordado su problema de investigación, así como para optar por los más pertinentes para tu trabajo de investigación, entre todo el panorama de horizontes actuales.

La historia jurídica del territorio y país, que hoy denominamos Ecuador, puede diferenciarse en tres grandes etapas: 1ª etapa prehispánica (hasta el siglo XV); 2ª etapa colonial hispana (siglo XV-XVIII); 3ª etapa republicana (siglo XIX hasta hoy). En la primera etapa prehispánica, el derecho se caracterizó por ser fundamentalmente consuetudinario, el aprendizaje y aplicación del mismo se realizaba en las comunidades, sin templos universitarios, mediaciones escritas ni cuerpo especializado de juristas; un derecho ‘de’ y ‘en’ la praxis, en la acción. Un derecho vivo, con sus propias contradicciones, expresión también de derechos imperiales e invasores, como el incaico, así como de derechos de resistencia, como el de los pueblos karanki y otros muchos. Esta tradición jurídica prehispánica tiene entre

sus fuentes a la civilización-madre de Caral (Perú), con al menos cinco mil años de antigüedad. Hoy por hoy Caral es la ciudad-estado más antigua de todo el continente americano, tan antigua y a la par que las civilizaciones de Mesopotamia, Egipto y Valle del Indo. Un derecho nacido podríamos decir de la “chacana”, símbolo, ya presente en Caral¹, del orden cósmico, de la tierra y de la relación entre los seres humanos. Caral, una cultura que por casi mil años estableció relaciones comerciales entre la costa y la sierra no solo del Perú, sino llegando al territorio de lo que hoy es Ecuador. Civilización nacida, con los datos que tenemos hasta hoy, no de la guerra ni de los sacrificios, sino de la vida en la comunicación (Shady y Leyva, 2003).

La segunda etapa jurídica, que denominamos colonial hispana, se caracterizó por la llegada de un derecho extraño, de tradición romano-canónica y romano-germánica. Un derecho imperial, de conquista, propio de una sociedad llamada Estado de Cristiandad. Un derecho que comenzaba a fetichizarse por la mediación escrita del mismo, que llegó acompañado por templos para su aprendizaje, las universidades, y por un sacerdocio que los producía y lo comentaba, los juristas y abogados nacidos de las facultades de Derecho Canónico. Este derecho impuso el olvido de las propias tradiciones jurídicas, la hegemonía del derecho hispano con sus instituciones (mita, encomienda, hacienda, etc.), y la verticalidad, el Papa y el Rey, como fuentes productoras del derecho y de la legitimidad del mismo (Salamanca, 2018).

La tercera etapa jurídica, la republicana, se inicia en el país en el primer cuarto de siglo XIX, con el proceso de independencia política. Una independencia política que no va a ser independencia económica ni tampoco jurídica. Se inicia ciertamente una etapa constitucional republicana, ahora ya sin soberanos españoles, pero el derecho seguirá siendo colonial y eurocéntrico. Los actores principales del mismo son los próceres independentistas, muchos de ellos influenciados por el liberalismo burgués, masónico en gran parte, de la Ilustración y Revolución Francesa. Un derecho ajeno a la realidad plurinacional e intercultural de los países de nuestra América. Constitucionalismo formalista, abstracto, creado para estados-nación imperialistas como Francia e Inglaterra. Derecho que llevó a su cénit el proceso de fetichización jurídica con la codificación napoleónica (Salamanca, 2016). El derecho es desde entonces un texto escrito, legicéntrico, expresión de la

1. Véase el Cap. 2, pp. 83-87 (Nota del editor).

voluntad de la nueva divinidad –la clase burguesa colonial-exportadora, que detenta el poder–, un derecho que se enseña en los templos llamados Facultades de Derecho por un sacerdocio peculiar, los “juristas”. En palabras de J. Montaña (2011a), es un derecho secuestrado por el “literalismo hermenéutico, el estatalismo teórico y el formalismo ético (p. 24).

Pues bien, en este contexto, en el siglo XXI, al final de la primera e inicio de la segunda década, en el Ecuador, así como en otros países de la región, el campo del derecho constitucional ha estado marcado por lo que podíamos llamar la irrupción del garantismo. Los últimos doce años en el país, desde la promulgación de la Constitución de 2008, ha habido un polémico debate, fundamentalmente entre legisladores, académicos y juristas. Unos, abiertos a lo que se presentaba como nuevo paradigma y, otros, educados en el positivismo jurídico decimonónico, resistentes a lo que entendía como una amenaza y movía el piso de sus certezas y dogmas. La tensión se ha ido rebajando en los últimos años. En parte por la fuerza del hecho de contar con una constitución que había que respetar como marco jurídico, y, en parte también, porque el viejo paradigma formalista y normativista le ha ido ganando terreno al garantismo. Es en este contexto en el que analizamos las limitaciones de ambos paradigmas, positivista liberal (criollo) y garantismo (criollo) y sostenemos la necesidad de transitar por el horizonte jurídico tradicional insurgente de los pueblos andinos, que está incluso detrás de las mejores voluntades del garantismo: el iusmaterialismo (Salamanca, 2018).

2.1.1 Positivismo jurídico “criollo” ecuatoriano

La burguesía consiguió la hegemonía del poder político en el siglo XVIII, como clase, apoyándose y legitimándose en el iusnaturalismo. Acabó con el Antiguo Régimen apelando a derechos del hombre y el ciudadano universales. La propiedad, la libertad, la seguridad, la integridad de la vida física y la igualdad formal abstracta eran derechos innatos a la naturaleza humana que debían ser constitucionalizados. Una vez asegurada la silla del poder, a su voluntad –presentada como general y de pretendido origen contractual– empezaba a resultarle incómodos los límites iusnaturalistas de derechos humanos universales. Las resistencias al capitalismo, cada vez menos mercantil y más industrial, financiero, especulativo, colonial e imperialista, necesitaba de otro paradigma jurídico en el que el derecho fuese

la voluntad del que manda impuesta bajo la amenaza del monopolio estatal de la violencia. El positivismo jurídico, desde el siglo XIX, vino a cumplir esta función. Se propagó mundialmente esta doctrina a lo largo y ancho de las escuelas y facultades de Derecho, colonizando la mente de todos los operadores jurídicos, también en América Latina (Pisarello, 2012).

Los constituyentes de 2008 propusieron con consciencia un nuevo horizonte jurídico, que denominaron “poscapitalista”, para romper con la herencia de doscientos años de positivismo criollo burgués y otros trescientos de colonialismo jurídico etnocéntrico imperialista. Consideraban que el positivismo jurídico había servido para “el mantenimiento y la profundización del statu quo de profunda inequidad y desigualdad en que vivimos los ecuatorianos” (Montaña, 2011a, p.25). En este punto es necesario detenernos en indagar sobre el origen y las características del positivismo jurídico y su recepción en Ecuador.

El positivismo jurídico es un paradigma, una constelación de filosofías-teorías jurídicas, que resurge hegemónicamente en el siglo XIX en Europa (De Sousa, 2002, 2009). Las burguesías anglosajonas y francesas son las comadronas. Sus principales postulados, asumidos en mayor o menor grado, son: a) el escepticismo cognitivo respecto de la realidad, en general, y respecto de la realidad moral, en particular. Un escepticismo, propagado por D. Hume, donde la “realidad” es creación del sujeto o de la intersubjetividad; b) defiende el dogma de la separación entre la moral y el derecho; el dogma de la falacia naturalista que niega que del ser se puede obtener el deber ser. Comienza a predicar que el deber ser es fruto de la voluntad del sujeto o de la intersubjetividad; c) la fuente última de legitimidad la ubica en la voluntad de quien detenta la hegemonía del poder, reinaugurando con ello el cinismo de los legistas griegos. Un puro voluntarismo jurídico que reduce el derecho a la mera voluntad “puesta” por quien detenta el monopolio de la violencia del poder. Voluntad sacralizada en textos normativos que generan obediencia por la amenaza del uso de la violencia en la sanción; d) en las formas más moderadas o “civilizadas”, “el derecho es un sistema de intereses, deseos o demandas sociales acordados o coordinados mediante el diálogo de algunos, consenso, pactos o contratos, impuestos por la voluntad de quien detenta el poder” (Salamanca, 2018, pp. 140; 140-145).

Siguiendo lo expuesto en nuestra investigación anterior, Filosofía Jurídica Latinoamericana (2018), hemos de indicar que el positivismo,

sin perder de vista que es la ideología jurídica de la clase burguesa dominante, procuró ir extendiéndose y conseguir su hegemonía desde el XIX. Progresivamente se fue instalando en las instituciones políticas, las facultades de derecho, los órganos legislativos, ciencias sociales, etc. A finales del siglo XX, con su aparente victoria sobre el derecho de la URSS y la progresiva acogida del derecho “occidental” en las universidades chinas, que lo identifican como elemento de la victoria capitalista, ha conseguido casi un dominio ideológico indiscutido (Salamanca, 2016, 2017). Estos últimos siglos han sido especialmente fecundos para las filosofías y teorías jurídicas capitalistas. Por su importancia para nuestro marco teórico, reproducimos in extenso la sistematización presentada en *Filosofía Jurídica Latinoamericana* que vemos a continuación.

2.1.2 Variantes de positivismo jurídico en América Latina (A. E. Pérez Luño)

La clasificación de A. E. Pérez Luño (2007) distingue dos grandes familias de filosofías-teorías positivistas: 1º Positivismo normativista: radical (Kelsen); moderado (Hart); 2º Postpositivismo: positivismo jurídico institucional (Neil MacCormik, Ota Weinberg); positivismo crítico (Ferrajoli, Scarpelli); postpositivismo jurídico estructural (Friedrich Müller); positivistas jurídicos ‘positivos y negativos’ (Coleman), e ‘incluyentes y excluyentes’ (Waluchow). En América Latina: 1ª) El positivismo normativista kelseniano (los mexicanos Javier Esquivel, Ulises Shmill, Rolando Tamayo Salmorán; el colombiano Luis Villar Borda; los chilenos Agustín Squella y Nelson Reyes; los peruanos Domingo García Belaunde y José Palomino Manchego); 2ª) El positivismo analítico (los argentinos Ambrosio Gioja, Genaro Carrió, Ernesto Garzón Valdés, Alchourrón, Bulygin, Farrel, Guibourg, Martino, Rabossi, Vernengo, Warat).

2.1.3 Variantes de positivismo jurídico en América Latina (R. Vázquez)

La clasificación de Rodolfo Vázquez (2012) distingue: el positivismo jurídico analítico, normativista, neokantiano, discursivo, hermenéutico interpretativo, argumentativo, sociológico y filosófico-moral positivista.

El positivismo jurídico analítico ha tenido una amplia difusión por todo el continente latinoamericano. A modo de ejemplo, ha sido cultivado, entre otros lugares y autores, por G. González Solano, en Costa Rica (E. P. Haba, de origen uruguayo, es una de las figuras relevantes con postulados comunes a muchos positivistas: el escepticismo epistemológico, la orientación analítica y el individualismo empírico). En México: J. Esquivel, L. Villoro, F. Salmerón y A. Rossi, J. Ortiz, M.^a I. Pazos, J. Vega, J. Cerdio, A. Rodríguez Tirado, J. García Rebolledo y A. Oñate. En Argentina: R. Vernengo, E. BuLygin, C. Alchourrón, E. Garzón Valdés y C. Santiago Nino. El positivismo analítico (y lógico jurídico) se ha trabajado en México. Ejemplo de ello son las obras: *Lógica del raciocinio jurídico* (1964), *La definición del derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico* (1960), *Lógica del concepto jurídico* (1959), *Lógica del juicio jurídico* (1955), de E. García Maynez; en Perú, la obra *Principios fundamentales de lógica jurídica* (1956) y demás trabajos de F. Miró Quesada muestran la dimensión descriptivo-prescriptiva de la norma. En Uruguay, E. J. Couture indaga sobre el lenguaje jurídico y lógica jurídica.

La variante normativista, de inspiración kelseniana, ha tenido acogida en Colombia, entre otros, con el trabajo de L. E. Nieto Artet. En Chile, A. Bascuñán y A. Squella. La obra de este es un claro ejemplo Norberto Bobbio: *Un hombre fiero y justo* (2005). En Uruguay, la influencia kelseniana se encuentra en J. L. Moreno. La variante positivista neokantiana ha encontrado eco en México en la obra de Héctor Rodríguez, L. Azuara, F. Vallado Berrón, U. Schmill, A. Pérez Carrillo y R. Tamayo y Salmorán.

El desarrollo procedimental-discursivo, en Colombia evidencia la influencia de la teoría discursiva de J. Habermas. G. Hoyos Vázquez publicó, con A. Uribe, *Convergencia entre ética y política*; O. Mejía Quintana *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa y Teoría política, democracia radical y filosofía del derecho*. En Perú, cabe mencionar la obra de D. Sobrevilla, abordada desde un positivismo incluyente.

El positivismo hermenéutico asume los aportes de las obras de R. Dworkin Toulmin, Perelman, MacCormick, Aarnio, Peczenik y Atienza en la interpretación del derecho. En Colombia, ejemplo de esta son los trabajos de R. Arango, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* (1999) y *Derechos humanos como límites a la democracia* (2008). En Uruguay, el trabajo hermenéutico de H. Malherbe se inspira en la dialéctica y la

semiótica; Ó. Sarlo desarrolla su positivismo jurídico crítico apoyado en la hermenéutica gadameriana y el análisis del lenguaje, entre otras perspectivas. En cuanto a la interpretación judicial, a modo de ejemplo, es de resaltar en Colombia la publicación de la obra *Interpretación judicial* (2003) de R. Uprimny Yepes y A. Abel Rodríguez. En Perú, esta orientación aparece en la obra *Ratio interpretandi. Ensayo de Hermenéutica Jurídica* (2000), de F. Miró Quesada.

La variante del positivismo jurídico argumentativo, en Colombia, refleja la influencia de la orientación positivista jurídica trabajada, entre otros, por R. Alexis. Es el caso de la obra de R. Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*. También en las contribuciones de C. Bernal Pulido y G. Lopera. En México, en un horizonte raciovoluntarista y culturalista se ubica los aportes de Recaséns Siches, *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica "razonable"*. Asimismo, en perspectiva analítico argumentativa se integran trabajos de R. Vázquez, A. Rentería, J. Cárdenas, J. A. Cruz Parceró, M. Carbonell y P. Salazar Ugarte. En Venezuela, influidos por la teoría de la argumentación, tenemos los aportes de R. Pérez Perdomo. Asimismo, el discurso jurídico se ha abordado desde la sémosis de los signos y discursivos en el ámbito legislativo y judicial en la obra de R. Carrión.

La variante positivista del análisis económico del derecho ha sido explorada, entre otras, en la obra de A. Roemer, en México; y en el trabajo de A. Bullard, Perú.

El positivismo jurídico axiológico, con influencia de J. Rawls, entre otros, ha sido recibido en Colombia en la obra *John B. Rawls: El hombre y su legado intelectual*, de L. García Jaramillo. En Chile, en Rawls: el problema de la realidad y la justificación de la filosofía política, de C. Peña o en *La prioridad del derecho sobre el bien en la Teoría de la justicia de John Rawls*, de P. Ruiz Tagle. Asimismo, es importante indicar la recepción del formalismo axiológico y voluntarista en Chile, en la obra *Filosofía del derecho de J. Millas*. (Salamanca, 2018, pp. 140-145).

2.1.4. Variantes del positivismo jurídico en América Latina (según el Iusmaterialismo)

Reproduciendo aquí parte de lo expuesto en *La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar* (2015) y en *Filosofía Jurídica Latinoamericana*

(2018), nuestra clasificación comparte los criterios de las que hacen A. E. Pérez Luño y R. Vázquez, sin embargo, entendemos que en el positivismo jurídico se puede diferenciar dos grandes grupos: el iusvoluntarista y el iusocio-constructivista. Entre el iusvoluntarismo se puede crear un nuevo subgrupo que denominamos iusmarxismo supraestructural. Así, tendríamos:

En la orientación iusocio-constructivista, arrancando solo desde el siglo XX, podemos identificar una diversidad de teorías dentro del horizonte de este paradigma: las teorías institucionalistas del Derecho, de M. Hauriou y Santi Romano; el realismo estadounidense, de O. W. Holmes, J. Frank, K. Llewellyn; el realismo escandinavo, de A. Hägerström, K. Olivecrona, A. Ross; la teoría general de las funciones, de G. Gavazzi; el funcionalismo sociológico de N. Bobbio; el contractualismo formalista, de J. Rawls; las teorías de la argumentación jurídica, de T. Viehweg, Ch. Perelman, R. Alexy, N. MacCormick, A. A. Arnio, A. Peczenik y J. Wróblewski; la teoría de la interpretación jurídica, de R. Dworkin; el sociologismo jurídico, de E. Ehrlich, R. Pound, P. Selznick, H.D. Lasswell, M.S. McDougal y R. Unger; la autopoiesis jurídica, de N. Luhmann y G. Toubner; la praxis de libertad comunicativa, de J. Habermas; la teoría hermenéutica jurídica, de G. Zaccaria, y F. Viola; la teoría analítica lógicoformal del derecho como sistema normativo, de C. Alchourron y E. Bulygin; la teoría del derecho analítica del lenguaje ordinario, de los argentinos Ambrosio Gioja, Genaro Carrió, Ernesto Garzón Valdés, Alchourrón, Bulygin, Farrel, Guibourg, Martino, Rabossi, Vernengo, Warat, C. S. Nino; las teorías críticas del Derecho, del movimiento estadounidense Critical Legal Studies (Salamanca, 2015, p. 84).

En América Latina, dentro del paradigma socio-contractualista crítico cabe diferenciar varias tendencias: 1ª) Derecho Alternativo y Pluralismo Jurídico (Luiz Fernando Coelho y Antonio Carlos Wolkmer); 2ª) Sociología jurídica crítica (Bergalli, Correas, Pérez Perdomo, Malem); 3ª) El institucionalismo jurídico (el chileno Jorge Hübner Gallo, el argentino Carlos Cossio) (Salamanca, 2015, p. 84).

Por último, el positivismo jurídico (burgués) no es ciertamente la única expresión del iusvoluntarismo. También pertenece a esa familia el iusmarxismo supraestructural, que tendrá su influencia en el pensamiento jurídico crítico de América Latina “[e]l iusmarxismo supraestructural y/o crítico es una teoría dentro del horizonte voluntarista, que aún tiene su vigencia.

Las primeras teorías marxistas del derecho tomaron tres direcciones: 1ª La afirmación del condicionamiento económico del derecho (Kautsky y K. Renner). 2ª La reducción del Derecho al voluntarismo político de la clase dominante (Vichinsky). 3ª La reducción socioeconómica del derecho (Stucka y Pashukanis)” (Salamanca, 2018, 140-145)

Ahora bien, como hemos señalado arriba, hoy en día el positivismo jurídico ha sido desnudado ideológicamente en sus limitaciones y contradicciones. Si se sostiene es por la violencia ideológica estructural del sistema.

2.2 El garantismo “criollo” ecuatoriano

En el Ecuador, el positivismo se acomodó y colonizó hegemónicamente el mundo del derecho hasta la Constitución de 2008, como positivismo criollo, en términos de J. Montaña (2012a, p. 29). Se recibieron con mayor o menor influencia los dogmas de los nuevos sacerdotes descreídos: a) el mundo del derecho se circunscribe a la voluntad del Estado, expresada fundamentalmente en la mediación escrita de la ley, puesto que cuenta con el uso legítimo y monopolio de la violencia (positivismo teórico o formalismo jurídico); b) el método jurídico como ciencia de los fenómenos y escéptico epistemológicamente ante la realidad; neutra y no valorativo (positivismo metodológico); c) la tarea de los operadores jurídicos no es creativa, sino que se limita a la interpretación lógica, declarativa, la glosa y el comentario de la voluntad del legislador (Montaña Pinto et al., 2012a, pp. 26-28). Al capitalismo colonial en su sistema mundo le interesó mucho fosilizar en formalismo y normativismo la vida jurídica en el Ecuador. En el país no tuvieron mayor eco ni la reacción antiformalista del realismo y el pragmatismo, en Estados Unidos a inicios del siglo XX, ni tampoco el neoconstitucionalismo de la rebelión europea contra el formalismo en la segunda mitad del siglo XX a causa de la justificación jurídica de la criminalidad fascista en Alemania, España e Italia por sus respectivos sistemas jurídicos.

Hoy en Ecuador, en su versión de positivismo criollo, todavía predomina el literalismo, el formalismo y de modo especial el formalismo ético, y el mecanicismo jurídico (Montaña Pinto et al., 2012a, pp. 29-32). Salvados los casos particulares, como posicionamiento de clase, la gran parte de los abogados, fiscales y jueces se convirtieron en los capataces de la burguesía

colonial. Una élite funcional a los intereses del capital que vivía por encima, de espaldas y oprimiendo al pueblo. Católicos confesos, en su mayoría, sin dificultades comulgaron durante los siglos XIX y XX con el formalismo jurídico y ético que, entre otras cosas, vomitó lejos la ética y la justicia. En particular, estos intereses de clase e ideología explican el papel cómplice y esencial que el derecho burgués ecuatoriano, con su sacerdocio, jugó en el ataque neoliberal reciente contra el pueblo, entre 1984 y 2006 (Montaña Pinto et al., 2012a, p. 37).

En América Latina, particularmente desde la última década del siglo XX, se intensificó una reacción popular contra el derecho burgués del neoliberalismo, en su versión del positivismo jurídico criollo. En algunos países, el poder constituyente de los pueblos llegará al poder institucional, como es el caso de Venezuela, Ecuador y luego Bolivia (Pisarello et al., 2012, pp. 165-205).

Lógicamente, el movimiento constituyente del pueblo ecuatoriano contra el capitalismo neoliberal no solo se está disputando en el campo económico, en busca del socialismo del buen vivir (*sumak kawsay*), sino también contra su ideología jurídica: el positivismo jurídico. Uno de los frutos jurídicos de la resistencia milenaria y movilizaciones recientes de los pueblos originarios, junto al resto del pueblo ecuatoriano, ha sido la exigencia y ensayo de propuestas de un nuevo paradigma jurídico pospositivista (Atienza, 2017). La Constitución de 2008 ha sido un primer gran aporte no solo como praxis jurídica, sino como nueva filosofía y cultura jurídica, y como nueva teoría del derecho.

El garantismo constitucional, también conocido como neoconstitucionalismo, es una nueva filosofía y cultura jurídica y una pretendida “nueva teoría del derecho”. En ese sentido, con este nombre se alude tanto a un modelo de Estado de derecho, como a un tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo y también se refiere a la ideología, o filosofía política que permite justificar la fórmula del Estado constitucional de derecho (Montaña Pinto et al., 2012a, pp. 32).

A doce años de distancia, algunos de los rasgos de la nueva filosofía jurídica, el garantismo constitucional, neoconstitucionalismo o constitucionalismo transformador se caracteriza por: a) legitimar en la ética (moral) de la justicia la validez material de las normas, fundamento y criterio de la validez formal; b) la materialidad de la justicia (el buen vivir o *sumak*

kawsay; el socialismo del buen vivir). La materialización de la justicia para eliminar el Estado empresarial impuesto por el capitalismo neoliberal. En concreto, exige la desprivatización de lo público, le eliminación de la identidad entre lo público y lo estatal; el remplazo de la ley por el contrato como la mediación fundamental en la regulación social; la reapropiación de la Asamblea Nacional frente al gobierno de los grupos corporativos y regionales de poder; el empoderamiento progresivo del Estado en la satisfacción de los derechos constitucionales, particularmente los derechos, como los sociales, que requieren asignaciones presupuestarias cuantiosas; c) la Constitución como sistema de acciones (praxis) con poderes de satisfacción directamente aplicable (servicios) (Montaña Pinto et al., 2011).

Con respecto a la “nueva teoría del derecho” es donde, sin embargo, más se nota las limitaciones de un nuevo paradigma que se necesita y que no acaba de nacer. Con frecuencia no se pasa de la crítica al positivismo, acoger metodológicamente el pluralismo jurídico, y distanciarse de la recaída en el iusnaturalismo. Según J. Montaña, el nuevo garantismo constitucional o neoconstitucionalismo:

En tanto teoría del derecho, el neoconstitucionalismo es profundamente crítico con varios postulados básicos del positivismo teórico: a) el carácter estatal del derecho positivo; b) la teoría positivista de las fuentes y su identificación del derecho con la ley; c) el axioma según el cual el ordenamiento jurídico es un sistema carente de contradicciones internas; d) la creencia en la actividad estática lógica y declarativa del juez. Por otra parte, mantiene intactos y comparte otros postulados fundamentales del positivismo: i) la coactividad del derecho; ii) su estructura y carácter imperativo (Montaña Pinto et al., 2012a, p. 33).

El hecho de que no exista un nuevo paradigma jurídico poscapitalista asumido por la comunidad científica en general, y la ecuatoriana en particular, que alumbre múltiples teorías del derecho para un horizonte de relaciones sociales poscapitalistas (socialistas), no significa que desde el nuevo constitucionalismo no se tengan claros algunos de los postulados que dicho horizonte debe asumir. Entre ellos, se comparte que el nuevo paradigma y las nuevas teorías: a) deben ser teorías de la democracia participativa (que

íntegra y supera a la democracia representativa, radicalizándola); b) deben ser teorías de la constitucionalización de los derechos humanos; c) deben ser teorías sistémicas y materiales de los derechos humanos; d) deben ser teorías de la legitimidad y validez material de la justicia; que integren la legitimidad formal, asentada en la mera voluntad del pueblo; teorías que den más peso al control de justicia por parte de los jueces y función judicial frente al voluntarismo del ejecutivo y legislativo; e) deben ser teorías de la constitucionalización y extensión progresiva y radical del sistema de garantías; f) deben ser teorías de la pluralidad e interculturalidad de las fuentes del derecho (que dé cuenta del pluralismo jurídico) (Andrade Ubidia y Ávila Linzán, 2009; Montaña Pinto et al., 2012b, pp. 38-44).

A pesar de la debilidad germinal del garantismo jurídico ecuatoriano, nuevo constitucionalismo, o constitucionalismo transformador (como le denomina R. Ávila), es criticado por el “positivismo criollo” como un horizonte jurídico de importación europea, un modelo teórico y filosófico ajeno a la realidad ecuatoriana. Para ver qué hay de cierto en esta acusación es necesario adentrarse un poco en el origen y en algunas de las características principales del garantismo.

Así como hemos acogido la categoría de “criollo” para denominar al positivismo ecuatoriano (Montaña, 2011a, p.23), también podría decirse del garantismo “criollo” que se está extendiendo en el país desde la Constitución (2008). Su origen o inspiración bebe de varias fuentes: a) diversas constituciones latinoamericanas; b) postulados del garantismo neoconstitucionalista europeo; c) postulados de neoconstitucionalismo estadounidense; d) el “intento de juridificar en el plano del derecho positivo los elementos propios de la realidad y necesidades locales en un diálogo crítico con las tendencias más progresistas de la teoría jurídica trasnacional” (Montaña, 2011a, p.24).

Como hemos indicados arriba, las características principales que definen el garantismo ecuatoriano son: 1^a) una concepción de la democracia como modo de gobierno participativo, frente a la democracia representativa liberal burguesa; 2^o) una concepción de Estado como plurinacional, pluriétnico e intercultural; 3^o) la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos de forma íntegra y sin generaciones; 4^o) radicalización en la ampliación del sistema de derechos y garantías; 5^o) la Constitución como una norma jurídica que tiene directa aplicación; 6^o) los jueces, el poder

judicial y los operadores jurídicos como agentes de la constitucionalización de los derechos en el país (Montaña, 2011a, p.24).

La historia del garantismo constitucional del Ecuador ha padecido, en palabras de Agustín Grijalva, de “sistemáticas e ilegítimas restricciones que tienen que ver al menos con dos fenómenos. Primero, lo que podría denominarse una reducción de la noción de garantía a la esfera jurisdiccional...En segundo lugar, la formalización y restricción de las garantías jurisdiccionales”. De esta manera, el sistema jurídico del capital se protegía, por un lado, imponiendo el dogma de que las garantías solo eran secundarias y de carácter jurisdiccional especial o constitucional; y, por otro, se reducía y formalizaba el alcance de las garantías al amparo (Grijalva, 2012, p. 239).

Con pretensión de ruptura “revolucionaria” con la reducción y el formalismo históricos del positivismo constitucional hegemónico, los textos de la Constitución ecuatoriana de 2008, y su desarrollo en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de 2009, establecen un sistema de garantías constitucionales para asegurar la “materialización” de todo el sistema de derechos de los pueblos ecuatorianos, de los extranjeros en su territorio, y de la naturaleza (Ávila Santamaría, 2008). Estas garantías se pueden ordenar según un criterio de precedencia en su efectivización en: a) políticas públicas; b) institucionales; c) normativas; y d) jurisdiccionales.

2.3 Limitaciones del positivismo jurídico y el garantismo

El positivismo jurídico, como teoría del derecho, ha mostrado sus limitaciones. Limitaciones que comparte el garantismo, porque entendemos que, a pesar de sus deseos, este no ha conseguido abandonar en la práctica los postulados, conceptos y garantías propias del escepticismo, idealismo y voluntarismo del positivismo jurídico. Siguiendo lo expuesto en *Filosofía Jurídica Latinoamericana* (2018, pp.158-159), entre esas carencias o limitaciones fundamentales encontramos:

- el grado creciente global de opresión de las grandes mayorías; de los pueblos y la naturaleza, a través de un sistema normativo que se presente como pretendidamente “jurídico”. Existe una progresiva desafección por pérdida de legitimación del positivismo jurídico como paradigma

dominante, aunque no de su poder violento (ni de su reforzamiento ideológico con el sacerdocio de operadores jurídicos). Respecto a la dominación, más bien de lo que somos testigos es de su creciente despotismo.

- el agotamiento explicativo, primero del iusnaturalismo y ahora del iuspositivismo como teorías jurídicas. El dominio de sus postulados teóricos está agotado. Ha quedado evidenciado como un horizonte: (i) ecléctico; (ii) sin una teoría integrada de la acción; (iii) perdido en la especialización y fragmentación de múltiples teorías; (iv) incapaz de explicar, como el iusnaturalismo, de modo coherente las nuevas investigaciones y desafíos provenientes del mundo vivo de los derechos, del derecho (Salamanca, 2015, p. 86). También en América Latina, el iusnaturalismo y positivismo jurídico, como paradigmas del derecho hegemónicos desde la Conquista, el primero hasta el siglo XIX y el segundo desde entonces hasta hoy, han mostrado sus limitaciones e insuficiencias explicativas sobre lo que sea la realidad de los derechos de los pueblos y la naturaleza, así como de la disciplina del derecho. Su funcionalidad con el poder de dominación ha tenido como contraparte obligada, en palabras de M. Atienza, "...la falta de atención a los problemas y a los destinatarios". Esta es una de las principales explicaciones "de la insatisfactoria situación de la Filosofía del Derecho en los países latinos" (Atienza, 2017, p. 50).

El garantismo, por su parte, no puede encontrar, si es que lo intenta, una fundamentación teórica coherente retornando al iusnaturalismo. Ello porque, "...gran parte de las limitaciones explicativas del iusnaturalismo le vienen porque asume "dogmáticamente" que existen derechos naturales, que los seres humanos nacen con derechos innatos. Confunde el sistema de necesidades/capacidades, constante de la especie homo sapiens sapiens, con una creación histórica de la comunidad que es el sistema de derecho (naturales-humanos)" (Salamanca, 2018, p.159).

Asimismo, el garantismo nace influenciado fuertemente por un garantismo europeo (vgr. Bobbio, Ferrajoli, etc.) que, aunque moderado en algunos casos, no abandona el horizonte positivista en sus postulados fundamentales: a) el dogma que el derecho es en esencia expresión de la voluntad, individual o intersubjetiva; b) la realidad es una construcción "virtual" de la voluntad

subjetiva o intersubjetiva; c) la separación entre el campo jurídico y el moral, en el ser no se encuentra el deber. Estas creencias dogmáticas es lo que impide al positivismo y al garantismo, como uno de sus hijos no emancipados, poder dar cuenta del mundo jurídico (Salamanca, 2017; 2018, p. 159).

Ciertamente, las revoluciones jurídicas toman siglos en hacerse hegemónicas, y no están libres de tensiones, reflejo de las contradicciones socioeconómicas y luchas de los pueblos. Así pasa en el caso del “revolucionario” garantismo constitucional ecuatoriano, que se debate entre la anhelada muerte del capitalismo neoliberal, y un proyecto de socialismo de buen vivir que se intentó tímidamente sembrar en algunos sectores del país.

Ejemplos de los avances y retrocesos por la correlación de fuerzas económicas, sociales, políticas, jurídicas e ideológicas, son la traición del gobierno de Lenin Moreno al proyecto de la revolución ciudadana de R. Correa, y misma tensión entre la Constitución de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (2009). En esta última se puede encontrar una tendencia hacia el desarrollo garantista de la Constitución en conflicto con otra tendencia formalista y legalista restrictiva de garantías (Grijalva et al., 2012, p. 256). Tensión que no solo se evidencia en las garantías jurisdiccionales, sino también en las normativas, institucionales y políticas públicas. No podría ser de otro modo si el derecho es una relación social de la vida como última instancia; tan última instancia como la economía, la política y la ideología.

El sistema de garantías constitucionales establecidas en la Constitución ecuatoriana de 2008 tiene doble trascendencia. Por un lado, es expresión de las respuestas prácticas constituyentes, dadas desde las luchas sociopolíticas, al ataque feroz del capitalismo neoliberal contra los pueblos latinoamericanos en general, particularmente las últimas tres décadas del siglo XX y la primera del siglo XXI. En segundo lugar, el garantismo constitucional ecuatoriano es expresión de la agonía de un paradigma jurídico agotado y descubierto en su servilismo de clase (el positivismo jurídico en versión de fetichismo normativista) y otro que se necesita, pero que aún no acaba de nacer.

3. El iusmaterialismo: el retorno del derecho de los pueblos

En lo que sigue vamos a presentar un paradigma jurídico, propio de los pueblos; presente, pero “ninguneado” “invisibilizado”. Para ello acogemos

en parte lo tratado en *Filosofía Jurídica Latinoamericana* (2018). Pues bien, como decimos, el iusnaturalismo y positivismo jurídicos, con todas sus variantes, no son los únicos paradigmas del derecho que han existido en la historia de la humanidad o en el Ecuador. Ha existido otro modo de vivir, sentir y pensar el derecho, pero que ha sido ninguneado e invisibilizado. Este otro derecho es lo que denominamos el derecho de los pueblos. Un derecho que ha brotado desde abajo, plural y diverso, consuetudinario, y durante mucho tiempo no escrito. A este derecho consuetudinario de los pobres le denominamos iusmaterialismo. Su origen lo remontamos a la aparición de las primeras sociedades (donde hay sociedad hay derecho). Esto significa retrotraer su origen mucho más allá del Mesopotamia, e incluso mucho más atrás que el Neolítico. Recurriendo a categorías de la antropología, podemos hablar de una etapa nómada y forrajera del derecho (Ribas Alba, 2015, pp. 44-52).

Sus togas fueron sus harapos hechos girones por las luchas; sus cortes y palacios de justicia: los campos y patios traseros de los pueblos y suburbios. Sus discursos, argumentaciones, resoluciones y sentencias: frases incompletas de silogismos motivados sin falacias. Este ha sido el mundo jurídico de los pobres y oprimidos; el derecho consuetudinario de los pobres en la historia de la humanidad. Este derecho, siempre insurgente, hoy está de regreso, vuelve; ¡vuelve la insurgencia del derecho de los oprimidos, de los pobres de la tierra! Su paradigma inominado por miles de años queremos reconocer; puede ser nombrado: puede llamarse iusmaterialismo (Salamanca, 2018, pp.159-160).

La vida de lo que denominamos iusmaterialismo (el derecho de los pobres) nació y sigue vivo como el derecho de las grandes mayorías. En *Teoría Socialista del Derecho. Iusmaterialismo* (2011) profundizamos la justificación de este nombre de bautismo y sus padrinos. Los padrinos serán K. Marx, Jenny von Westphalen y F. Engels (Gabriel, 2013). Ciertamente ellos criticaron el derecho burgués, en su formalismo, opresión y función de dominación ideológica. Sin embargo, no elaboraron otra teoría. Siguiendo a Roberto Lyra Filho, en sus obras *Karl, meu Amigo: Diálogo com Marx sobre o Direito* (1983a) y *Humanismo dialéctico* (1983b), se podría decir que el marxismo ofreció una teoría económica frente a la economía capitalista

pero no una teoría jurídica. Lo cierto es que no hicieron objeto directo de su preocupación la elaboración de otro paradigma jurídico. Entre otras razones, ello obedeció, según Roberto Lyra Filho:

- el mal uso e interpretación de las fuentes en la obra de K. Marx;
- la falta de sistematicidad en la presentación de la epistemología (del método) marxista y de la “ontología” del derecho;
- el desliz en el sofisma de incluir en el concepto de derecho cosas diversas y aisladas del fenómeno jurídico (en especial colocar al derecho en la esfera de la supraestructura, de la ideología);
- acercarse al derecho desde una historia dicotómica: “viejo/nuevo”, “falso/verdadero”, “improductivo/fecundo”;
- el prejuicio ideológico de identificar el derecho, la justicia y la educación jurídica con lo más reaccionario e ilegítimo de la sociedad;
- el dogmatismo metodológico de los investigadores marxistas que recaen en el objetivismo, en el irracionalismo o también en el subjetivismo (Wolkmer, 2017, pp. 128-131).

A pesar de estas limitaciones, sostenemos que el marxismo es un pozo fecundo, particularmente desde su materialismo histórico para asumir la tarea de elaborar el paradigma jurídico del derecho de los pobres que se ha vivido en el territorio de lo que hoy es Ecuador. Es posible “... encontrar en la obra de Marx elementos suficientes –aunque, como ya se afirmó, no exento de ambigüedades– para construir dicha teoría, y, a partir de esta, como resultado no dogmático, una posterior teoría marxista del Derecho y del Estado” (Díaz, 1984, pp. 166; 170-172; Wolkmer, 2017, p. 132). Como lo señala L. A. Warat, y acoge A. C. Wolkmer, cualquier paradigma crítico que se levante frente al positivismo jurídico y al iusnaturalismo tendrá que acometer los siguientes desafíos:

- 1) mostrar los mecanismos discursivos a partir de los cuales la cultura jurídica se convierte en un conjunto fetichizado de discursos; 2) denunciar cómo las funciones políticas e ideológicas de las concepciones normativistas del Derecho y del Estado se encuentran apoyadas en la ilusoria separación del Derecho y de la Política y en la utópica idea de la primacía de la ley como garantía de los individuos; 3) revisar

las bases epistemológicas que guían la producción tradicional de la ciencia del Derecho, demostrando cómo las creencias teóricas de los juristas en torno de la problemática de la verdad y de la objetividad cumplen una función de legitimación epistémica, mediante la cual se pretende desvirtuar los conflictos sociales, presentándolos como relaciones individuales armonizables por el Derecho; 4) superar los bizantinos debates que nos muestran el Derecho desde una perspectiva abstracta, forzándonos a verlo como un saber eminentemente técnico, destinado a la conciliación de intereses individuales, a la preservación y a la administración de intereses generales [...] De esta forma, la teoría crítica intenta reubicar el Derecho en el conjunto de las prácticas sociales que lo determinan [...]; 5) crear una consciencia participativa que permita a los diferentes juristas involucrarse con efectividad en los múltiples procesos de decisión como factores de intermediación de las demandas de la sociedad y no como agentes del Estado [...]; 6) modificar las prácticas tradicionales de la investigación jurídica a partir de una crítica epistemológica de las teorías dominantes, de sus contradicciones internas y de sus efectos ideológicos con relación a los fenómenos que pretende organizar y explicar; 7) proporcionar, en las escuelas de Derecho, un instrumental pedagógico adecuado para que los estudiantes puedan adquirir un modo diferente de actuar, pensar y sentir a partir de una problemática discursiva que busque mostrar no sólo la vinculación del Derecho con las relaciones de poder, sino también el papel de las escuelas de Derecho como productoras de ideas y representaciones que luego se entrelazaron en la actividad social como un valor a priori, pleno de certezas y dogmatismo” (Warat en Wolkmer, 2017, pp. 42-43).

En este apartado se presenta la exploración de los postulados de un nuevo (viejo) paradigma teórico del derecho: el iusmaterialismo (Salamanca, 2011). Difícilmente en otro horizonte paradigmático no iusmaterialista, el garantismo constitucional del Ecuador, y del nuevo constitucionalismo latinoamericano o constitucionalismo transformador, podrá llegar a desembarazarse del positivismo jurídico de la burguesía y realizarse. La propuesta teórica se elaboró confrontando especialmente el positivismo de la Teoría Pura del Derecho (H. Kelsen) y de Principia Iuris (L. Ferrajoli).

Como hemos señalado, el trabajo fue publicado como Teoría Socialista del Derecho. Iusmaterialismo, en 2011.

En el iusmaterialismo se entiende el derecho histórico de muchos de los pueblos ecuatorianos (los derechos de los pueblos y la naturaleza) como un sistema integrado de acciones (praxis) con poder real de satisfacer sus respectivos sistemas integrados de necesidades/capacidades, positivadas como bienes jurídicos para la producción, reproducción y florecimiento de sus vidas, de modo autónomo por la comunidad, con la ayuda tutelar de la fuerza coactiva comunitaria.

Recogiendo lo expuesto en Filosofía Jurídica Latinoamericana (2018): los principales postulados caracterizan al iusmaterialismo como una: (1º) Teoría de la vida intercultural de los pueblos y de la naturaleza; (2º) Teoría de la praxis plural histórica (praxeológica); (3º) Teoría materialista; (4º) Teoría moral; (5º) Teoría política comunal (socialista); (6º) Teoría jurídica, socialista, asentada en una teoría socialista de los derechos humanos y derechos de la naturaleza; (7º) Teoría revolucionaria.

3.1 La vida y la reproducción de la vida de los pueblos con la Naturaleza es la última instancia de fundamentación y legitimación jurídica

El derecho no forma parte de ninguna supraestructura ideológica (como se ha entendido en gran parte de lo que se ha llamado “dogmatismo marxista”), sino que es una relación social de poder asentada en el sistema estructural de la vida. Y esa relación de poder tiene como función principal la vida y la reproducción, diversa y plural de la vida, no solo la vida antropológica, sino la vida del ecosistema, la vida de la Madre Tierra.

El derecho tiene una finalidad: su telos (fin) es la vida. El derecho no es una estructura sin finalidad, no es un armazón funcional, un aparejo para cualquier cosa, una autopoiesis desnortada. Esta finalidad es “cosustantiva” a la praxis jurídica. El derecho sin su finalidad no es tal derecho, será otra cosa, pero no derecho. Sin embargo, la finalidad última del derecho no es cualquiera. No es el poder, ni la coordinación de acciones sociales, ni la legitimación del monopolio de la “violencia legítima” de la sociedad, ni la reproducción del sistema social, ni

la legitimación o el instrumento de dominación de una clase social sobre otra, etc. La finalidad del derecho es la producción, reproducción y florecimiento de la vida de los pueblos y la naturaleza. Esta finalidad no es una autorreplicación cerrada, sino abierta; un dinamismo “necesario”, constante, para la producción de la vida, pero abierto permanentemente al “azar” de la innovación, del florecimiento de las capacidades. El iusmaterialismo es un paradigma biojurídico en el seno de la acción cósmica. El iusmaterialismo se integra en las teorías biocéntricas de la Tierra (Gaia) (Lovelock, 2007); en las tradiciones biocéntricas de los pueblos originarios que sienten viva la Tierra como Madre, como Pachamama (v. gr. pueblos andinos Bolivia, Ecuador, Perú, etc.), en las tradiciones de los pueblos budistas, de los pueblos animistas africanos, etc. (Salamanca, 2018, p.164).

3.2 La praxis (acción) como la mediación última ineludible de toda actividad cognitiva, afectiva y transformadora

Los seres humanos estamos en acción permanentemente, incluso cuando estamos dormidos. Somos parte de una acción cósmica. Este hecho es un hecho ineludible. Por eso el derecho es también una parte de esa acción: es una acción (relación) social específica. Es a esta dimensión praxeológica de la existencia humana que le denominamos praxis vital. La praxis integra los actos, las actuaciones y las actividades con sentido. Comenzar por los actos y actividades sin considerarlos como parte del todo de la praxis sería un error. Sin embargo, con frecuencia se confunde o reduce la praxis a la mera ejecución de los actos, actuaciones o de las mismas acciones.

La praxis tiene una estructura permanente. Esta consta de tres dimensiones. Una primera es la volición ejecutiva. Tal vez la más cercana por cómo se nos aparece en el discurrir de cada día, es en uno de sus momentos como (i) “la volición en ejecución”, que habitualmente entendemos reductivamente como “práctica”, como la “actuación. Sin embargo, la ejecución es el último momento (de tres) de la “volición en ejecución”. La ejecución de las acciones es posibilitada por una dimensión previa de (ii) “autodeterminación” de la voluntad (segundo momento). Esta se asienta, a su vez, en una dimensión material previa

de la praxis que es la (iii) “liberación” del enclaustramiento del mundo de las cosas.

Ahora bien, la praxis, como parte de la acción cósmica, tiene dos dimensiones además de la volición en ejecución. En segundo lugar, no por orden de importancia, sino expositivo, la praxis es comunicación sentiente con el mundo de la vida de los pueblos y la naturaleza; es afección tónica (emocional, afectiva, empática, sensitiva) con la realidad. Esta segunda dimensión de la praxis tiene también su estructura interna articulada en tres momentos. Es (iv) comunicación eco-estética, que posibilita una (v) comunicación ero-económica, que a su vez, permite (vi) la comunicación político-institucional.

En tercer lugar, la praxis es además aprehensión cognitiva del mundo de la vida de los pueblos y la naturaleza. La actividad cognitiva de los seres humanos no es solo, ni principalmente, ni siempre (vii) aprehensión racional. Este tercer momento cognitivo reposa sobre (viii) una aprehensión sentiente cognitiva analítico-dialéctica (sistémica), que a su vez es posibilitada por (ix) la aprehensión sentiente “informativa” de los hechos del mundo de la vida de los pueblos y la naturaleza (Salamanca, 2018, p. 165).

Pues bien, es esta dimensión praxeológica, como condición inescapable de la vida humana, la que nos lleva a reivindicar el derecho, primero que nada como “práctica” mucho antes que como “norma” o su mediación escrita. Es lo que nos lleva a reivindicar la prioridad de las costumbres antes que las leyes como las fuentes primarias del derecho. Es lo que nos hace reivindicar también la ley como un tipo de costumbre. Es una costumbre escrita. Así, antes que en las asambleas de los países, antes que en los tribunales y antes que en las facultades de derecho está brotando por doquier, desde abajo. M. Atienza en el Manifiesto de su propuesta con pretensiones “postpositivistas” sostiene:

Si el Derecho –como alguna vez se ha escrito– es “una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo”, una práctica social, entonces la teoría del Derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del Derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco

concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica” (Atienza, 2017, pp. 48-49).

3.3 La praxis de vida es el dinamismo histórico material del sistema de necesidades/capacidades de los pueblos y la naturaleza por su producción, reproducción y florecimiento

La praxis (acción) de la vida de los pueblos no es una vida angelical, que ni come, ni bebe, ni tiene frío. La vida de los seres humanos y de la naturaleza es una vida encarnada que se expresa en un sistema integrado de necesidades y capacidades. La satisfacción de las primeras y el florecimiento de las segundas es el motor de la existencia de cada ser vivo. Esto es parte del contenido sustantivo que llamamos “materialismo”. Con el término lo que se quiere es mostrar esta condición concreta e histórica de la existencia. Asimismo, se quiere enfrentar a una corriente filosófica, el “idealismo” que piensa que el motor de la existencia son las ideas. Desde el iusmaterialismo no se niega la fuerza de las ideas, pero estas son parte del sistema de necesidades/capacidades como motor último. Esta es la reivindicación fundamental del materialismo histórico marxista. Quienes critican al materialismo histórico, y por extensión al iusmaterialismo, como una reducción de las dimensiones espirituales del ser humano a la pura biología yerran en la caricatura. El materialismo lo que propone es que todo es materia, también podría decirse que todo es energía (desde hace un siglo como Einstein). Supera el dualismo hilemórfico aristotélico materia/forma; cuerpo/espíritu. Todas las necesidades/capacidades humanas están abiertas a la trascendencia, a lo más noble del ser humano. Así, por ejemplo, la satisfacción de la necesidad estética hace florecer esta capacidad como la belleza de una obra de teatro o una melodía. Tampoco se cierra a explorar posibles comunicaciones con el Misterio.

Ahora bien, frente a los liberales escépticos que descalifican la teoría de las necesidades y capacidades y las pretenden diluir en deseos, reivindicaciones, demandas o satisfactores infinitos, hemos de decir que “las necesidades/capacidades del sistema no son infinitas. Son finitas. Forman parte de un sistema estructural compartido por todas las especies vivas. Un sistema

que modula su expresión según cada especie, pero que es constante con la especie” (Salamanca, 2018, pp.167).

A modo de postulado explicativo (sometido a verificación), el iusmaterialismo encuentra que la vida es un sistema de tres necesidades/capacidades estructurantes: 1) necesidad/capacidad de volición ejecutiva; 2) necesidad/capacidad de comunicación sentiente; 3) necesidad/capacidad de aprehensión cognitiva. Cada una de ellas se desagrega a su vez en tres, que se corresponden con las que hemos indicado en la estructura de la praxis. El iusmaterialismo postula que nueve son las necesidades/capacidades estructurantes de la praxis vital en el homo sapiens sapiens. De estas nueve se desagregan otras más que pueden ser precisadas también en número finito (Salamanca, 2018, pp.168-169).

Este lenguaje de las necesidades/capacidades es el lenguaje de la vida común a todos los pueblos, es el lenguaje de la comunicación intercultural, el lenguaje de interdiscipliniedad, el lenguaje de los derechos de los pueblos y derechos de la naturaleza. Es el lenguaje también de las verdaderas religiones. En el Antiguo Egipto, en el Libro de los Muertos, es el lenguaje del juicio final de la diosa Maat. En el caso concreto de la tradición cristiana, es el lenguaje de los Hechos de los Apóstoles, según Lucas, y el lenguaje del Evangelio de Mateo en los criterios para el juicio final. Lo mismo cabe decir para las otras religiones.

La moralidad estructural radical ineludible de la praxis es una condición cosustantiva de toda acción concreta por su afectación a la vida o la muerte de los pueblos y la naturaleza

El derecho, entendido como una acción (praxis) es ineludiblemente moral. El derecho es una parte de un campo más amplio: el campo de la moral. Este postulado del iusmaterialismo le diferencia completamente del positivismo jurídico, que con su escepticismo axiológico expulsó a la moral y la justicia del derecho, dejándolo aparentemente vacío de moral. Sin embargo, no fue así. Con un bien preparado truco de ilusión introdujo sus valores liberales burgueses subrepticamente. Se presenta como neutro y aséptico en valores, condena a todos aquellos que sostienen que la realidad de las

acciones está cargada de valores, pero no dejan de imponer sus valores (o disvalores): escepticismo, libertad, seguridad, propiedad y modo de vida burgueses. Por el contrario, “la axiología iusmaterialista es biológica (más que ontológica). Es otra cosa que el objetivismo moral de las buenas razones para la acción postulado en algunas propuestas que se consideran postpositivistas” (Salamanca, 2018, p. 170). No es la objetividad moral que propone M. Atienza:

...la objetividad moral es, por así decirlo, una objetividad de razones (una objetividad no ontológica), pero esas razones objetivas son tanto procedimentales como sustantivas. Y, por otro lado, la vía de la fundamentación procedimental de la ética y la vía sustantiva se complementan: esas necesidades o capacidades podrían verse como el resultado de un procedimiento de discusión racional; pero el diálogo racional presupone también que quienes participan en el mismo son individuos a los que no se niega sus capacidades básicas (Atienza, 2017, p. 216).

El iusmaterialismo defiende los valores morales como la bivalencia de las acciones en función de la vida propia, de la vida de la comunidad y de la naturaleza. También postula que los valores son un sistema axiológico integrado donde cada valor tiene igual jerarquía, aunque distinta urgencia. Siendo igualmente importantes, rechaza la diferencia entre valores primarios y superiores; materiales y espirituales. Podemos compartir con M. Atienza que “... los valores son propiedades que atribuimos a ciertas acciones y estados de cosas, pero no de manera arbitraria, sino porque satisfacen necesidades básicas de los individuos o les proveen de capacidades indispensables para desarrollar una vida buena” (Atienza, 2017, p. 138). Pero esa atribución no arbitraria se debe no a que la razón lo bautiza así, sino a que el sistema de necesidades/capacidades para la vida y su reproducción carga a las acciones que las satisfacen con la valencia moral de “biovalor” o “disvalor”.

3.4 La dimensión ineludible político-institucional de la praxis

Las acciones (la praxis) son al mismo tiempo constitutivamente morales y constitutivamente políticas. Es decir, el campo de la moral y la política vendrían a ser coincidentes en su extensión. El fundamento de este postulado

se encuentra en una de las necesidades/capacidades estructurales de la vida de las personas y los pueblos: la necesidad político-institucional

La vida del homo sapiens sapiens siempre es “covidada”. Es posible el “yo” por el “nosotros” de la especie. Es por esa razón que el dinamismo histórico de la praxis es estructuralmente “político”. Y la praxis política es asimismo esencialmente institucional. La institucionalidad ha acompañado a la especie humana desde sus orígenes. Con un menor o mayor grado de complejidad, siempre han necesitado “estructura organizativa” para sus vidas. Tenemos un abanico amplio de instituciones que van desde los ritos de caza y pesca de los forrajeros nómadas, hasta las edificaciones hidráulicas de culturas agrícolas. Los pueblos, desde la noche de los tiempos, por muy sencilla que haya sido su institucionalidad, han necesitado y no pueden escapar de sus organizaciones, de sus ritos, de sus convenciones, para vivir. (Salamanca, 2018, p. 171).

3.5 La expresión histórica de la praxis político moral como praxis jurídica

El sexto postulado del iusmaterialismo es que el derecho es un poder real. Por ello hemos denominado al derecho como una acción con poder real de satisfacer el sistema de necesidades/capacidades de los pueblos y la naturaleza, acotados como bienes jurídicos de forma autónoma por la comunidad, con la ayuda de la fuerza tutelar coactiva de la misma. No es un texto constitucional, ni el texto de una ley impotente, que pronunciándola no genera nada. Ahora bien, este poder, como relación social, es un poder que tiene una especificidad. La especificidad es que para ser “real” o “efectivo” necesita contar con los medios en manos de las personas titulares de los derechos, o de sus guardianes. Esos medios son recursos, instituciones, políticas públicas, y la fuerza coactiva tutelar de la comunidad para ayudar a ello. El otro requisito es que el poder “real” no es para cualquier cosa, sino que por ser poder real que es moral, su bivalencia axiológica debe ejecutarse en la satisfacción de los bienes jurídicos que encarnan la satisfacción del sistema de necesidades y capacidades de las personas, los pueblos y la naturaleza. A esto le llamamos “derecho”. Así, el derecho se convierte en fundamento,

cauce y límite de la acción política. Cuando el poder “real” por el contrario es para la muerte le denominamos “contraderecho”. Esta es la razón de que el derecho sea un bien y el contraderecho un mal. Esto ayuda a entender la afirmación de M. Atienza: “[e]l Derecho, en definitiva (o, matizándolo más: ciertos aspectos de ciertos tipos de Derecho), no tiene(n) solo un valor instrumental, sino final; y, por eso, no es un mal necesario, sino también (si se quiere: en parte, limitadamente) un bien” (2017, p. 309).

3.6 La existencia histórica del derecho, de los derechos de los pueblos y la naturaleza: el derecho a la revolución

Algo que asusta a los defensores del positivismo jurídico es el séptimo postulado iusmaterialista, el derecho a la revolución. Ante esta afirmación tiembla la “seguridad jurídica” positivista. Pero no olvidemos que dicha seguridad ha sido reducida a la seguridad de un conjunto de normas, de textos, de un ordenamiento para proteger la seguridad de sus intereses. Seguridad que consiste en la no contradicción ni vacíos de los dogmas sagrados. Por el contrario, la seguridad jurídica del derecho vivo de los pueblos y la naturaleza es la seguridad de la vida de ellos. El derecho a la revolución es el derecho a la vida históricamente situada y concreta que se levanta para afirmarse y contra sus enemigos. Es el derecho en el que se fundan todos los demás derechos. El verdadero derecho es por naturaleza insurgente, revolucionario contra toda injusticia. No debe desentenderse de la transformación social sino comprometerse activamente con ella (Atienza, 2017, p. 280).

En ese compromiso histórico por la emancipación y florecimiento social, caben varias estrategias: a) positivismo jurídico de combate; b) hermenéutica judicial alternativa; c) derecho insurgente. Como hemos indicado, este es la fuente nodriza de todos los derechos:

Es el Derecho paralelo, vivo y comunitario que emerge permanentemente de los intereses y necesidades de la sociedad. Es la creación y el reconocimiento de derechos fundamentales (derecho a la vida, a la libertad, a la sobrevivencia, etc.) engendrados en los conflictos y en las luchas de grupos sociales, pudiendo coexistir u oponerse a las leyes elaboradas por la actividad estatal. Se trata de otra legalidad que no se

ajusta necesariamente al derecho convencional vigente, pudiendo ser visto como un “nuevo” derecho surgido en el espacio de manifestaciones sociales plurales o de comunidades autonómicas (Wolkmer, 2017, p. 189-190).

4. Conclusiones

En este capítulo se ha pretendido ofrecer algunos elementos para poder identificar los principales marcos teóricos (ontológicos) y metodológicos (epistemológicos) en la investigación jurídica contemporánea, para de esa manera poder identificar los principales marcos teóricos y metodológicos de aquellos investigadores que nos ayudan en el estado del arte a delimitar el estado del problema de investigación jurídica, qué es lo que se sabe y cómo se ha sabido, así como qué no se sabe aún y por qué. Estos elementos pueden resultar de utilidad para que el investigador pueda determinar con mayor precisión el marco teórico y metodológico jurídico propio por el que se opta en el trabajo que se inicia.

5. Bibliografía

- Andrade Ubidia, S., y Ávila Linzán, L. F. (Eds.). (2009). La transformación de la justicia (1ra ed). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Atienza, M. (2013). Curso de argumentación jurídica representación, separación de poderes y opinión pública. Editorial Trotta.
- Atienza, M. (2017). Filosofía del derecho y transformación social. Editorial Trotta.
- Ávila Santamaría, R. (2008). La Constitución de 2008 en el contexto Andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Courtis, C., y Atienza, M. (2006). Observar la ley: Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Editorial Trotta.
- De Sousa Santos, B. (2002). La globalización del derecho los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. ILSA.

- De Sousa Santos, Boaventura. (2009). El pluralismo jurídico y las escalas del derecho: Lo local, lo nacional y lo global. En *Sociología jurídica crítica* (pp. 75-80). Trotta.
- Gabriel, M. (2014). *Amor y capital: Karl y Jenny Marx y el nacimiento de una Revolución. El Viejo Topo*.
- Grijalva, A., (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Hernández Sampieri, R. et al. (2014.) *Metodología de la Investigación*. Edit. Mc. Graw-Hill.
- Jiménez, J. E. C. (2012). Epistemología y derecho. *Apuntes para un estudio crítico de la teoría jurídica*. *Ambiente Jurídico*, 14, 182–209.
- Lovelock, J. E. (2007). *La venganza de la tierra: La teoría de Gaia y el futuro de la humanidad*. Planeta México.
- Montaña Pinto, J (Ed.). (2011a). *Apuntes de derecho procesal constitucional vol.1*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- _____, (2011b). *Apuntes de derecho procesal constitucional vol. 2*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- _____, (2011c). *Apuntes de derecho procesal constitucional vol.3*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Padilla, R. P., y Espín, J. F. (2018). La carrera de Derecho en Ecuador: Análisis de los planes de estudio en el 2018. *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, 5(2), 9–30.
- Pisarello, G. (2012). *Un largo Termidor: Historia y crítica del constitucionalismo antidemocrático*. Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Ribas Alba, J. M. (2015). *Prehistoria del derecho*. Almuzara.
- Salamanca, A. (2014). *Iusmaterialismo Teoría del Derecho de los pueblos. Crítica Jurídica*. *Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 29.
- _____, (2015). *La investigación jurídica intercultural e interdisciplinar. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología*. *Redhes: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, VII, 14, 59–92.

- _____, (2016). El fetiche jurídico del capital: Hegemonía global mediante los estudios de derecho (Primera edición). Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- _____, (2017). El fetiche jurídico del capital: Expansión imperialista de su hegemonía sistémica a través de los estudios de derecho. *Problemata-Revista Internacional de Filosofía*, 8(1), 324–402.
- _____, (2018). Filosofía Jurídica Latinoamericana en el siglo XXI. La re(insurgencia) histórica del derecho de los pobres y la naturaleza: El iusmaterialismo. En *Entorno a la crítica del derecho* (pp. 131-182). UASLP.
- Sánchez Zorrilla, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica. *Revista Telemática de Filosofía del derecho*, 14, 317-358.
- Shady Solís, R. y Leyva C, eds. (2003). *La ciudad sagrada de Caral-Supe: los orígenes de la civilización andina y la formación del Estado prístino en el antiguo Perú*. Instituto Nacional de Cultura, Proyecto Especial Arqueológico Caral-Supe.
- Wolkmer, A. C. (2017). *Teoría crítica del derecho desde América Latina*. Akal.

Capítulo 21

El uso de las fuentes, bases de datos, gestores bibliográficos y programas de análisis

Antonio Salamanca

1. Introducción

Las fuentes de información en la investigación científica en general se suelen clasificar en tres categorías: 1ª fuentes primarias, 2ª fuentes secundarias; y 3ª fuentes terciarias. En la investigación jurídica es frecuente la confusión entre las fuentes. Muchas veces en los trabajos de grado y también posgrado se identifican con fuentes primarias las obtenidas por los datos de campo, mediante encuestas y entrevistas. Asimismo, se consideran como fuentes secundarias los artículos, capítulos de libros y libros que se elaboran con esos datos. Las fuentes terciarias suelen estar ausentes y es muy raro que se consideren.

2. El uso de las fuentes primarias en la investigación jurídica

Las fuentes primarias en la investigación jurídica son aquellas que ofrecen información sobre la realidad obtenida directamente, como pueden ser datos que surgen de encuestas, entrevistas, observación de campo, grupos focales, etc.; o datos que son resultados de investigaciones y estudios y recogidos directamente de los trabajos en que se presentan por primera vez. Entre algunas de las fuentes primarias se pueden distinguir:

- libros, capítulos de libros, antologías,
- artículos de revistas científicas, académicas,
- monografías, tesis y disertaciones,
- documentos oficiales,
- informes de trabajos presentados en conferencias o seminarios,
- artículos periodísticos,
- testimonios de expertos,
- documentales, grabaciones en diferentes formatos, foros, páginas y sitios en internet, etc.

De esta manera, cuando en la investigación jurídica se utiliza el texto de la Constitución de la República del Ecuador de 2008, una sentencia de la Corte Constitucional o un libro de Derecho Constitucional de Agustín Grijalba, esos textos oficiales y libro son fuentes primarias de información. Debe superarse el prejuicio descalificador de creer que los juristas solo trabajan con fuentes secundarias; y que lo hacen con fuentes primarias únicamente quienes hacen trabajo de campo porque hacen encuestas, entrevistas, etc. Tan fuentes primarias en la investigación jurídica son los datos obtenidos directamente en el campo por el propio investigador como hacerlo de documentos o informe que ofrecen esos datos o información de primera mano.

La siguiente resolución se convierte en una fuente primaria para la investigación sobre los derechos humanos de las personas con COVID-19.

RESOLUCIÓN No. 4/20 20
DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON COVID-19
(Adoptado por la CIDH el 27 de Julio)

Parte Resolutiva La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con el apoyo principal de su Relatoría Especial sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) y aportes especializados de su Relatoría Especial sobre Libertad de Expresión (RELE), resuelve adoptar las siguientes “ Directrices Interamericanas para la protección de los Derechos Humanos de las personas con COVID-19”, en el marco de las funciones que le son conferidas por el artículo 106 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en aplicación del artículo 41.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 18.b de su Estatuto:

I. Directriz general: Los Derechos Humanos de las personas con COVID-19

1. Los Estados deben dar cumplimiento a sus obligaciones de respeto y garantía para asegurar el disfrute y ejercicio de los derechos humanos de las personas con COVID-19, inclusive mediante la integración de un enfoque interseccional y multidisciplinario, que

RESOLUCIÓN No. 4/20 20
DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON COVID-19
(Adoptado por la CIDH el 27 de Julio)

reconozca y afirme la dignidad humana, la eliminación de todas las formas de discriminación, así como la indivisibilidad y la interdependencia de tales derechos en sus normas, políticas y toma de decisiones, y dentro de todos los poderes públicos de los Estados.

II. Directrices sobre la protección del Derecho a la Salud de las personas con COVID-19

2. La finalidad principal de toda atención o servicio de salud y cuidado dirigido a personas con COVID-19 es la protección de la vida, la salud, tanto física como mental, la optimización de su bienestar de forma integral, el no abandono, el respeto de la dignidad como ser humano y su autodeterminación haciendo uso del máximo de los recursos disponibles, para el mejor cuidado y tratamiento posible. En ningún caso las personas deben ser sometidas a torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes al existir una prohibición absoluta e inderogable al respecto.

3. Para proteger a las personas con COVID-19, los Estados deben guiar las medidas que adopten bajo los principios de igualdad y no discriminación de conformidad con los estándares interamericanos e internacionales de derechos humanos. En este sentido, resultan de relevancia la Declaración sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO, así como los aspectos fundamentales de la ética de la salud pública reconocida por las instituciones especializadas nacionales e internacionales en la materia, las orientaciones técnicas de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) sobre este virus, así como de los Comités Nacionales de Bioética, sociedades científicas y médicas, entre otras instancias autorizadas.

3. El uso de las fuentes secundarias en la investigación jurídica

Las fuentes secundarias en la investigación jurídica consisten en “listas, compilaciones y resúmenes de referencias o fuentes primarias publicadas” en el campo del interdisciplinar e intercultural del derecho. Su presentación suele consistir además de resúmenes, en breves comentarios de las fuentes primarias o antologías de ellas. Algunas de esas fuentes son:

- Academic Search Premier
- Fuente Académica de EBSCO
- Review of Educational Research
- Sage Journals
- Latindex
- REDALyC, SciELO
- Dialnet
- Noticias Jurídicas
- WestLaw, etc.

El uso de estas fuentes sirve para ir afinando con precisión la búsqueda y encuentro de las fuentes primarias ahorrando tiempo. El resumen de las mismas ayuda mucho para elegir o descartar la obra por la cercanía a algún aspecto del problema de nuestra investigación.

The screenshot shows the Dialnet search interface. At the top, there are navigation tabs for 'Buscar', 'Revistas', 'Tesis', and 'Congresos', along with a language dropdown set to 'Español'. The search bar contains the text 'Derecho de autodeterminación' and a 'Buscar' button. Below the search bar, a filter section shows '989 documentos encontrados'. A list of results is displayed, including:

- El Derecho de Autodeterminación** by José Ignacio Lacabarta Zabaltza, from *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos / 2009*, per Carlos Alarcón Cabrera, Juan Jesús Mora Moltra, Ramón Luis Soriano Diaz (dir.), 2009, ISBN 84-7993-017-9, págs. 295-304. Texto Completo Libro e/
- El derecho a la autodeterminación** by José María Laso Prieto, from *Utopías, nuestra bandera: revista de debate político*, ISSN 1133-567X, Nº. 182, 1999, págs. 299-315.
- El derecho a la autodeterminación** by Félix Rodrigo Mora, from *Atlántica XXII: revista asturiana de información y pensamiento*, Nº. 24, 2013, págs. 32-34.
- El derecho de autodeterminación** by Xabier Etxeberria Maulson, from *Sai tarra: Revista de teología pastoral*, ISSN 1138-1094, Tomo 87, Nº 1023, 1996, págs. 393-408.

On the right side, there is a 'Fundación Dialnet' logo, a login section with 'Identificarse' and '¿Olvidó su contraseña?' links, and a registration section with '¿Es nuevo? Regístrese' and 'Ventajas de registrarse'.

The screenshot shows a document summary page. At the top, there are two document titles:

- Derecho a la Intimidad. Derecho a la autodeterminación informativa** by Horacio Fernández Delsoch, from *Hacia una Justicia 2.0: actas del XX Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática* (Salamanca, 19-21 de octubre 2016) / 2016, por Erika Yamel Munive Conila, Irene González Pulido, Lorena Muñoz Sánchez, Federico Bueno de Mesa (dir. cong.), Vol. 3, 2016, ISBN 978-84-16324-43-9, págs. 95-111.
- Cataluña y el derecho de autodeterminación** by Lucía Payaro López.

The main section is titled **Resumen de Catalunya y el derecho de autodeterminación** by Lucía Payaro López. The text reads:

Este artículo tratará de establecer si Cataluña, una nación situada en el seno de un Estado democrático, es una candidata adecuada para ostentar la titularidad del derecho de autodeterminación. Se analizará la cuestión desde una perspectiva moral y iuspositivista, distinguiendo entre los ordenamientos internacional e interno. El estudio revelará que desde un punto de vista moral y jurídico-internacional Cataluña tiene derecho a autodeterminarse, pero que la Constitución española prohíbe tal derecho. Ello deja a los nacionalistas catalanes dos opciones para introducir el derecho de autodeterminación en el sistema español: la reforma de la Constitución o la vía fáctica. Razones de seguridad jurídica avalan la primera y razones de eficacia aconsejan el uso de la segunda. Este artículo tratará de argumentar la mayor conveniencia de la vía jurídica.

Below the summary, there are two more document entries:

- El derecho a la autodeterminación informativa en Venezuela** by Eigo Rafael Rodríguez Marcano, from *Tesis doctoral* dirigida por Juan Manuel Orog Martínez (dir. tes.), María Mercedes Semano Pérez (dir. tes.), UNED, Universidad Nacional de Educación a Distancia (2013). Resumen / Tesis en acceso abierto en e-espacio e/
- La teoría del derecho de autodeterminación de los pueblos** by Segundo Ruiz Rodríguez, from *Tesis doctoral* dirigida por Manuel Fraile Civiella (dir. tes.), Universidad Complutense de Madrid (1997). Resumen /

4. El uso de las fuentes terciarias en la investigación jurídica

Las fuentes terciarias en la investigación jurídica son documentos físicos o digitales que compendian fuentes secundarias. Algunas de ellas son:

- Listados de boletines legales oficiales
- Listados de conferencias y simposios
- Listados de sitios web
- Directorios
- Catálogos
- Repertorios bibliográficos, etc.

El uso de las fuentes de información terciaria en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural es como para ir descendiendo y afinando desde el ámbito más general para encontrar las fuentes más precisas para nuestro problema de investigación (las fuentes primarias). La generalidad de estas fuentes puede ser una ayuda si va acompañada de la brújula de la precisión que lleve a la identificación de fuentes secundarias y primarias pertinentes a nuestro problema de investigación. Si no se usan apoyadas en la brújula se convierten en una distracción y dispersión con la pérdida de tiempo y pertinencia en la búsqueda de fuentes primarias. A continuación, veamos un ejemplo del uso de estas fuentes terciarias en el caso del Repertorio de Revistas Jurídicas de la Universidad de Deusto.

The screenshot shows the 'Bibliogías LibGidak' section of the Deusto University website. The page title is 'Revistas científicas de impacto en España: Derecho: Revistas en otras herramientas'. There is a search bar with the text 'Buscar en esta Bibliogía' and a 'Buscar' button. Below the search bar, there are several tabs: 'Inicio', 'Listado AZ Principales publicaciones científicas de Derecho en España', 'Revistas en WoS / JCR / Scopus y SJR', and 'Revistas en otras herramientas'. The 'Listado AZ Principales publicaciones científicas de Derecho en España' tab is selected. The main content area is divided into three sections: 'MIAR', 'CIRC', and 'Latindex'. The 'MIAR' section contains the text: 'En MIAR encontramos las siguientes revistas españolas indexadas con la materia Derecho: • MIAR - Derecho - España. Más información en: Biblioteca Universitaria de Deusto: Bibliogía sobre índices de impacto: MIAR'. The 'CIRC' section contains: 'CIRC ofrece una clasificación de revistas científicas de CCSHH en función de su calidad. Puedes consultarla en el listado AZ de esta misma Bibliogía o a través del siguiente link: • CIRC'. The 'Latindex' section contains: 'Latindex ofrece sus propios criterios para medir la calidad editorial de las revistas: 33 en las revistas impresas y 38 (hasta 2017) o 38 (desde 2018) en las revistas electrónicas. Puedes consultarlas en el listado AZ de esta misma Bibliogía o a través del siguiente link: • Latindex'. At the bottom of the page, there is a table with two columns: 'ISSN' and 'CUARTIL'.

5. Las bases de datos en la investigación jurídica

Las bases de datos digitales son hoy un extraordinario recurso para el acceso a las fuentes en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural. Desde la aparición de internet, han ido surgiendo diversas bases vinculadas a universidades, centros de investigación y empresas de servicios profesionales especializados. Suelen ofrecer información y acceso a fuentes primarias como artículos científicos, libros, normativa, jurisprudencia, doctrina, esquemas procesales, vademécum, etc. Asimismo, algunas también ofrecen acceso a fuentes secundarias y terciarias para la investigación.

Existen empresas que vinculan sus servicios con suscripciones de pago como Jstor, Taylor and Francis, etc. Otras son gratuitas para muchos textos disponibles en digital, sus resúmenes o listados de revistas, como muestra: Dialnet, Google Académico, Latindex, Redalyc, Scielo, etc., Scopus, Web of Science, Teseo, etc. Muchas de las universidades cuentan ya con sus bibliotecas digitales en bases de datos, con acceso libre, restringido a alumnos, y personal universitario, o de pago, según casos.

A modo de ejemplo, mencionamos: Biblioteca Ayacucho, Biblioteca Clacso, Biblioteca Universidad Complutense Madrid, Biblioteca Nacional España, Biblioteca Digital Miguel de Cervantes, Biblioteca del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (España), Biblioteca Universidad Central del Ecuador, Universia, Senate House Library (UK), Library of Institute of Advanced Legal Studies (UK), Biblioteca Colegio de México, Biblioteca Stanford University, Bibliothèque Nationale de France, etc.

Para el campo concreto de la investigación jurídica, principalmente en modo o perspectiva normativa o jurisprudencia, existen bases de datos con información legal, de sentencias, jurisprudencia y doctrina. En muchos países existen empresas que ofrecen estos servicios. Algunas se limitan al ámbito nacional, como LEXIS en Ecuador y, en otros casos, son corporaciones de servicios jurídicos globales con ámbito regional como VLEX, o global, como es WESTLAW, entre otras.

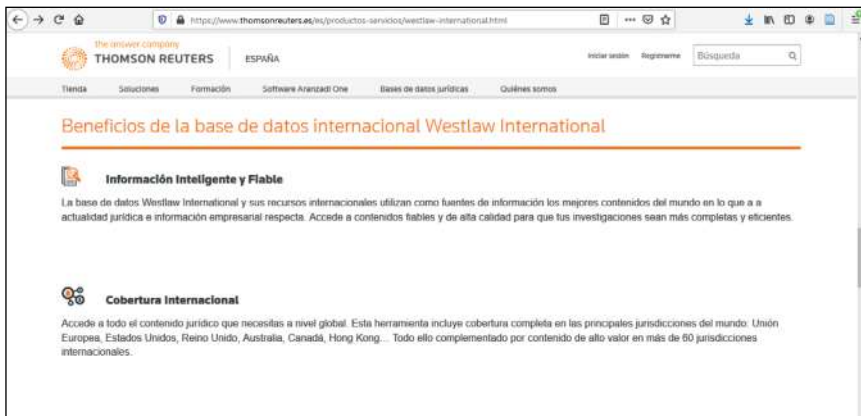
Base de datos Dialnet

The screenshot shows the Dialnet website interface. At the top, there is a navigation bar with the Dialnet logo, a search bar, and tabs for 'Buscar', 'Revistas', 'Tesis', and 'Congresos'. A language dropdown menu is set to 'Español'. Below the navigation bar, there are two search sections: 'Buscar documentos' and 'Buscar revistas', each with a text input field and a 'Buscar' button. To the right, there is a user profile section with a 'Fundación Dialnet' logo, a user icon, and buttons for 'Identificarse', '¿Olvidó su contraseña?', and '¿Es nuevo? Regístrate'. Below this, there is a 'Dialnet plus' logo and a list of statistics: REVISTAS (11.980), DOCUMENTOS (8.628.235), ALERTAS (54.605.040), USUARIOS (2.575.245), and TESIS (306.447). The main content area is divided into three columns: 'Dialnet Métricas' (Portal de indicadores de la producción científica), 'Dialnet plus' (Descubra la versión avanzada de Dialnet), and 'Inclusión de contenidos en Dialnet'. There are also sections for 'Noticias' (19/01/2023 Balance de 2022, 09/11/2022 Nuevos ámbitos temáticos en IDR 2021) and 'Colaboradores' (Últimas incorporaciones).

Base de Datos Redalyc

The screenshot shows the Redalyc website interface. At the top, there is a navigation bar with the Redalyc logo and the text 'Sistema de Información Científica'. Below the navigation bar, there are statistics: 1,575 Revistas en línea, 749 Instituciones, 31 Países, and 793,262 Artículos. A search bar is present with the text 'Buscar en redalyc' and a search button. Below the search bar, there is a dropdown menu showing 'Artículos' and 'Derecho de autodeterminación'. The main content area is divided into three columns: 'redalyc.org' (Por un Ecosistema Regional de Ciencia Abierta), 'LA Referencia' (Por un Ecosistema Regional de Ciencia Abierta), and '#CódigoAbierto #DatosAbiertos'. At the bottom, there is a section for 'Índice de revistas consolidadas' and three navigation options: 'Revistas por Disciplina', 'Revistas por Institución', and 'Otras colecciones'.

Bases de datos Westlaw



6. Pasos en el uso de las bases de datos en la investigación jurídica

El uso de las bases de datos en la investigación jurídica tiene sus pasos que ayudan a encontrar la información buscada ahorrando tiempo. Estos pasos son los siguientes:

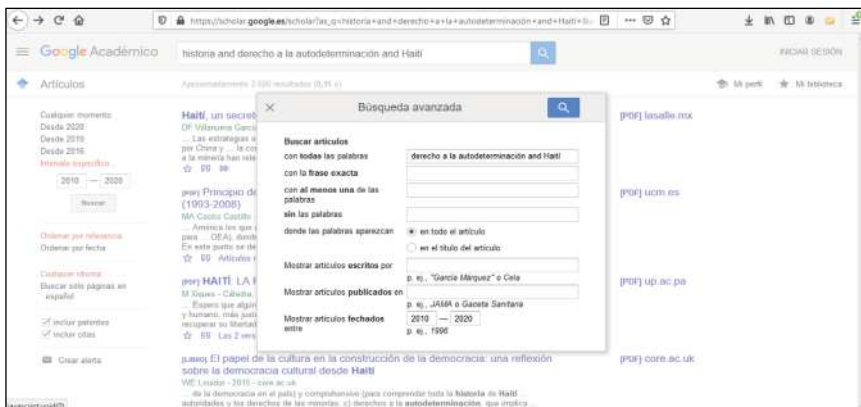
- **Paso 1.** Identificar la base de datos más pertinente y accesible para el problema de nuestra investigación. Por ejemplo, si la base de datos es sobre normativa jurídica y jurisprudencia ayuda mucho contar con bases de datos propias del país o países sobre los que se realiza la investigación, bases de datos acreditadas y que ofrezcan la información actualizada. En el ámbito internacional una de las bases mejores, como hemos indicado es Westlaw.
- **Paso 2.** Una vez identificada las bases de datos, el segundo paso consiste en escoger las variables del problema de investigación para iniciar la búsqueda articulándolas. Por ejemplo, si el problema de investigación fuese: ¿Cuál ha sido la evolución histórica del derecho a la autodeterminación del pueblo haitiano?, en este caso tendríamos tres variables

principales: a) historia; b) derecho a la autodeterminación; c) pueblo haitiano.

Uno de los aspectos donde se evidencia la influencia del grado de precisión de las variables en la formulación del problema de investigación es en la eficacia de las mismas a la hora de la búsqueda de información en las bases de datos, ahorrando tiempo y esfuerzo y ganando pertinencia. Estas variables suelen funcionar como “palabras clave”, “descriptores”, “términos de búsqueda”, etc.

- **Paso 3.** Las variables o palabras clave se insertan en los motores de búsqueda. Los motores de búsqueda de las bases de datos suelen permitir búsquedas simples y búsquedas avanzadas. En estas últimas se puede explorar con:
 - Los operadores del sistema booleano: and (en español “y”), or (en español “o”) y not (en español “no”). Ello permite buscar una variable o articulando dos variables, tres variables, etc., intercambiando unas y otras.
 - Delimitar el periodo (días, meses, años) de búsqueda. Con frecuencia se suele comenzar por los últimos diez años por dos razones: a) se obtiene las fuentes de información más actualizadas y recientes para la construcción del estado del arte del problema; b) se puede encontrar en las referencias bibliográficas de esas obras otras más antiguas pero que son clásicos u obras fundamentales en la investigación, y que son referenciadas por unos y otros autores.
 - Probar en el motor de búsqueda introducir las variables en otros idiomas aparte del castellano, como el inglés, francés, portugués, alemán, o idiomas de las culturas en las que estamos haciendo nuestra investigación.
- **Paso 4.** Los resultados de la búsqueda se pueden completar y refinar con la búsqueda en los tesauros o listados de conceptos o materias que suelen tener también las bases de datos. Ello nos puede asegurar de no haber perdido un posible documento importante en la búsqueda simple o avanzada.

Búsqueda sobre la historia del derecho a la autodeterminación en Haití en Google Académico.



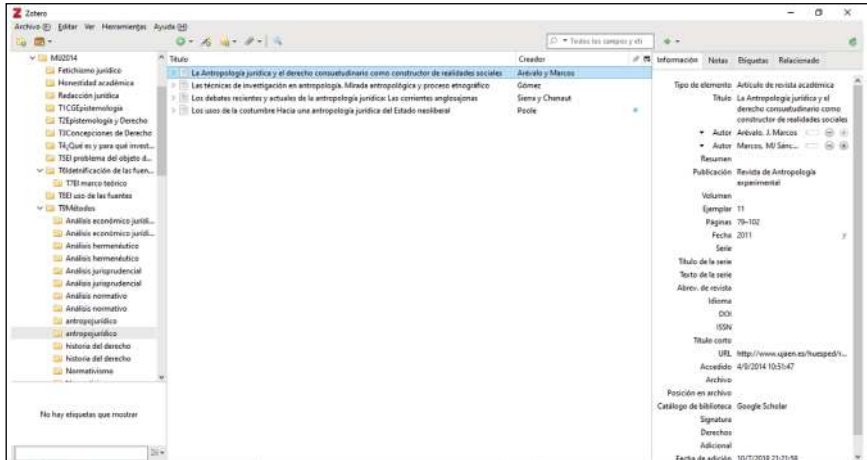
7. El uso de los gestores bibliográficos

El desarrollo de la información digital en internet ha puesto a disposición de los investigadores los gestores bibliográficos. Estos son programas que posibilitan organizar las referencias bibliográficas que se van encontrando en la búsqueda creando bases de datos, así como incluir, desde ellas, citas y referencias bibliográficas en el texto del informe, artículo o libro fruto de la investigación.

Algunos gestores bibliográficos se han vinculado con las bases de datos de información académica y científica para descargar la información bibliográfica de modo automático desde dichas bases. Algunos de ellos ofrecen modalidad gratuita y de pago. Además de su utilidad para el trabajo, ahorran mucho tiempo. Entre algunos de los más extendidos tenemos:

- Endnote
- Mendeley
- Refworks
- Zotero

Ejemplo de gestor bibliográfico Zotero



8. El uso de los programas de análisis

El desarrollo de la información digital a través de Internet ha permitido hoy disponer de programas informáticos que resultan de mucha utilidad para el segundo momento del dinamismo de la investigación: el análisis sistémico o dialéctico de los datos, así como también para el tercer momento, la formulación de la hipótesis o postulado explicativo. La investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural se vería muy enriquecida si se fomentara su uso.

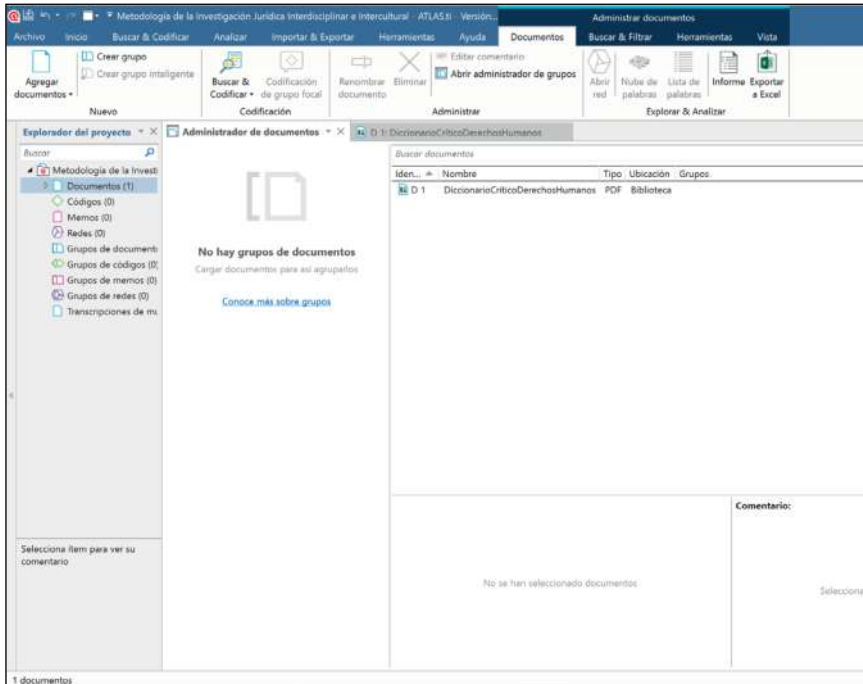
Se cuenta con programas específicos para el análisis sistémico cualitativo de los datos en investigaciones con enfoque cualitativo, así como para el análisis estadístico en indagaciones con enfoque cuantitativo.

Estos programas ayudan a sistematizar la información, creando unidades de análisis o códigos desde los datos obtenidos, crear categorías (grupos de códigos afines) desde esos códigos, articular las diferentes categorías con las variables del problema de investigación, formular una hipótesis o postulado explicativo. Además, algunos ofrecen la posibilidad de georreferenciar la búsqueda, crear mapas conceptuales, etc.

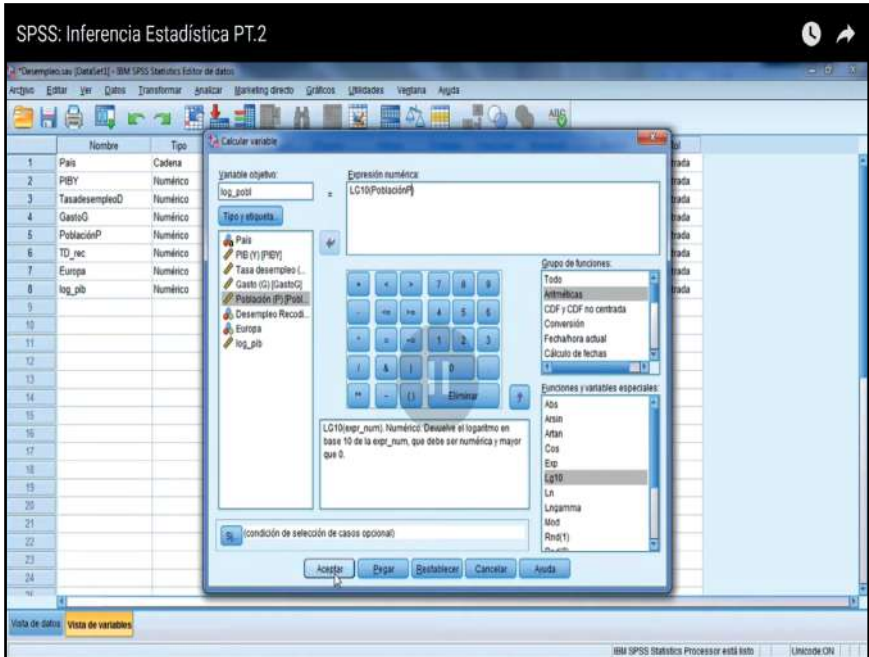
Programas

- Enfoque cualitativo: Atlas-ti; Decision Explorer; Etnograph; NVivo
- Enfoque cuantitativo: SPSS; Minitab; SAS; STATS

Ejemplo de programa Altas.ti 9 para análisis sistémico en la investigación jurídica con enfoque cualitativo



Ejemplo de programa para análisis sistémico en la investigación jurídica con enfoque cuantitativo. Statistical Package for the Social Sciences (SPSS)



9. Conclusión

En este capítulo se han ofrecido elementos al lector para que pueda identificar las diferencias entre el uso de las fuentes primarias, secundarias y terciarias en la investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural. Una vez identificadas, se debe seguir algunos pasos en la búsqueda de información mediante el uso de las bases de datos, recurriendo para ello, si se desea, a los gestores bibliográficos, que terminan siendo de gran utilidad. Asimismo, se ha presentado las posibilidades para la investigación que ofrecen los principales programas de análisis sistémico de la información según los enfoques cualitativos o cuantitativos. Ciertamente lo principal en la investigación no son estas mediaciones informáticas que nos ofrecen la tecnología e internet,

lo principal, no olvidemos es la brújula de buscar respuesta, no al tema, sino al problema de investigación. Sin embargo, estos recursos pueden ahorrar mucho tiempo y facilitar la tarea de codificación, creación de categorías, sistematización, creación de relaciones y correlaciones sistémicas entre categorías y variables, elaboración y formulación de postulados explicativos, así como en la probación de las hipótesis.

Capítulo 22

Los enfoques, diseños y técnicas de la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural

Antonio Salamanca

1. Introducción

Los enfoques en la investigación jurídica son las delimitaciones u opciones cualitativas, cuantitativas o mixtas que toma el investigador para buscar la explicación del problema de investigación, una vez determinados los modos o perspectivas de la misma. Los enfoques en la investigación jurídica no es lo mismo que los modos o perspectivas de la misma. Ya hemos visto que la apuesta de este trabajo es por una apertura en la investigación del campo del Derecho que sea estructuralmente intercultural e interdisciplinar. Es por este carácter o condición que el ámbito jurídico se puede enriquecer con indagaciones en modos o perspectivas: historicojurídicas, antropológicas, psicojurídicas, sociojurídicas, economicojurídicas, axiológicas, ideológicas, normativas, jurisprudenciales, etc.

2. ¿Cuáles son los enfoques en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?

Una vez determinado uno o varios de los modos o perspectivas, el investigador necesita decidir si la mirada interdisciplinar e intercultural se va a fijar en los elementos cualitativos, en los cuantitativos o en ambos. En el

primer caso tenemos lo que se llama el enfoque jurídico cualitativo, en el segundo el enfoque jurídico cuantitativo y en el tercero el enfoque jurídico mixto. Los enfoques se complementan, cada uno desde su aporte. La realidad es números, magnitudes, mediciones, comparaciones, pero también sentimientos, interpretaciones, sentidos, relaciones sociales, etc.

2.1. ¿Cuáles son las características del enfoque cuantitativo de investigación jurídica?

El enfoque cuantitativo en la investigación jurídica no es un enfoque muy frecuente. En el campo del Derecho predominan los enfoques cualitativos, sin embargo, dado que el campo jurídico es el hecho de una praxis, de un conjunto de acciones y relaciones sociales específicas, es también susceptible de investigaciones cuantitativas.

La investigación jurídica cuantitativa comparte con la cualitativa y mixta el carácter secuencial (momentos o fases del proceso de investigación), así como el ámbito de su alcance (que puede ser exploratorio, analítico-sistemizador o explicativo-probatorio).

Las características principales que le diferencia del enfoque cualitativo en la investigación jurídica son: a) la determinación y medición cuantitativa de los datos y variables; b) el análisis estadístico de las determinaciones (mediciones); c) la probación de la hipótesis, cuando hay, como verdad estadística.

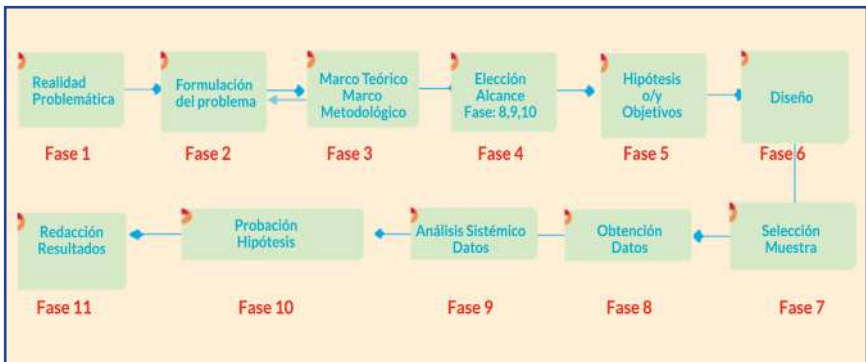
La investigación jurídica cuantitativa se caracteriza por:

- Busca cuantificar, medir, comparar y probar valores o magnitudes de las variables que estructuran el problema de investigación: ¿cuánto hay de cada variable?, ¿qué peso tienen?, ¿qué peso tienen unas respecto de las otras?, ¿cuánto hace que una variable se convierta en causa de un efecto?
- Suele ser una investigación de un hecho concreto y específico, aunque esta característica no es exclusiva de este enfoque.
- Se cuantifica los datos obtenidos de los hechos con los que se inicia y trabaja la investigación.
- Los procesos de obtención de datos deben ser repetibles por cualquier otro investigador.
- El análisis sistémico de los datos es fundamentalmente estadístico.

- Cuando el alcance de la investigación es explicativo se debe probar (verificar) o no la hipótesis con las evidencias que demuestra la causalidad o no entre las variables, regularidades.
- Las verificaciones cuantitativas son fácilmente generalizables, universalizables.
- Permiten formular, demostrar, fortalecer o refutar teorías con alto grado de verdad estadística.
- Tienen alto grado de poder predictivo.

El proceso de la investigación jurídica cuantitativa tiene sus fases o etapas, compartidas en general también por la investigación cualitativa y la mixta. Siguiendo el esquema propuesto por H. Sampieri:

Figura 27. Proceso común de la investigación jurídica interdisciplinaria (cualitativa, cuantitativa y mixta)



Fuente: Elaboración propia

2.2. ¿Cuáles son las características del enfoque cualitativo en la investigación jurídica?

El enfoque cualitativo en la investigación jurídica es el enfoque más frecuente en este ámbito. En el campo del Derecho predominan los enfoques cualitativos, sin embargo, en gran medida siguen siendo enfoques cualitativos dentro de los modos exegético normativista, jurisprudencial y, en menor medida, sociojurídico.

La investigación jurídica cualitativa comparte con la cuantitativa y mixta el carácter secuencial (momentos o fases del proceso de investigación), así como el ámbito de su alcance (que puede ser exploratorio, analítico-sistemizador o explicativo-probatorio).

Las características principales que le diferencia del enfoque cuantitativo en la investigación jurídica son: a) la determinación y medición cualitativa de los datos y variables; b) el análisis de las determinaciones (mediciones); c) la probación de la hipótesis, cuando hay, como verdad mostrativa, histórica...

La investigación jurídica cualitativa se caracteriza por:

- Busca identificar, sistematizar-analizar, interpretar y probar el poder explicativo de los datos y variables que estructuran el problema de investigación: ¿cómo aparecen los datos y variables? ¿quiénes generan los datos y variables? ¿quiénes interpretan los datos y variables? ¿por qué? ¿cómo? ¿cómo se producen las relaciones sociales? ¿cuáles son? ¿cómo interactúan las fuerzas sociales?
- La investigación puede circunscribirse a hechos concretos y específicos, así como profundizar en hechos generales y más abstractos o fundantes.
- Toma en cuenta elementos expresivos de la realidad como la calidad, las peculiaridades, las similitudes, las diferencias, los contextos. No se centra en la identificación, análisis-sistémico y probación cuantitativa de los datos obtenidos y variables.
- Los datos obtenidos son en muchos casos irrepetibles y no estandarizados, aunque los procesos de obtención de datos sí puedan ser repetibles por cualquier otro investigador. Las técnicas para la obtención de los datos suelen ser: “la observación no estructurada, entrevistas abiertas, revisión de documentos, discusión en grupo, evaluación de experiencias personales, registro de historias de vida, e interacción e introspección con grupos o comunidades”.
- Las categorías cualitativas para organizar estos datos suelen ser: “las perspectivas y puntos de vista de los participantes (sus emociones, prioridades, experiencias, significados y otros aspectos más bien subjetivos) ... las interacciones entre individuos, grupos y colectividades”.
- La investigación cualitativa suele hacer “preguntas más abiertas, recaba datos expresados a través del lenguaje escrito, verbal y no verbal, así como visual, los cuales describe, analiza y convierte en temas que

vincula, y reconoce sus tendencias personales”. Es frecuente que “la preocupación directa del investigador se concentra en las vivencias de los participantes tal como fueron (o son) sentidas y experimentadas”

- El análisis sistémico de los datos es fundamentalmente interpretativo no probabilístico.
- Cuando el alcance de la investigación es explicativo se debe probar (verificar) o no la hipótesis con las evidencias que demuestra la causalidad o no entre las variables, regularidades, no estadísticas.
- Las verificaciones cualitativas requieren mayor universo para su generalización y universalización.
- Permiten formular, demostrar, fortalecer o refutar teorías con un progresivo grado de verdad mostrativa.
- Tienen algún grado de poder interpretativo.

Tabla 23
Comparación entre enfoques cuantitativos y cualitativos en la investigación jurídica

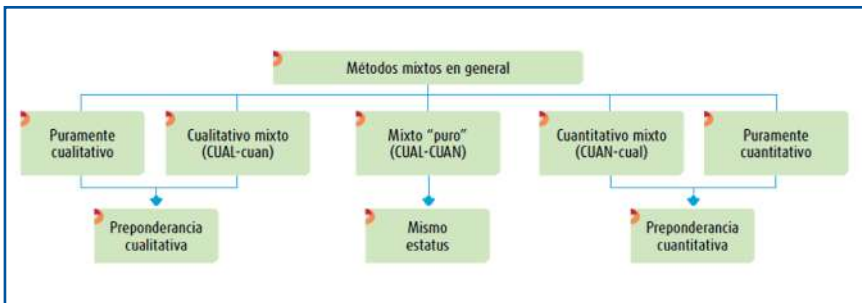
Planteamientos cuantitativos	Planteamientos cualitativos
<ul style="list-style-type: none"> • Precisos y acotados o delimitados a cuantificar y medir datos y variables. • Más precisos en el control de las variables. • Enfocados en variables lo más exactas y concretas que sea posible. • Centrados en el análisis estadístico de los datos. • Se suelen aplicar a un gran número de casos que sean representativos. • Se orientan a probar teorías, hipótesis y/o explicaciones, así como a evaluar efectos de unas variables sobre otras (los correlacionales y explicativos), con pretensiones de verdad estadística. 	<ul style="list-style-type: none"> • Precisos y acotados o delimitados a las cualidades de los datos y variables. • Enfocados en variables ricas en dimensiones de significados concretos y abstractos. • Centrados en el análisis sistémico interpretativo de los datos y variables. • Se suelen aplicar a un universo de casos tipo no muy grande. • Se orientan a mostrar interpretación y probar teorías, hipótesis y/o explicaciones, así como a evaluar efectos causales de unas variables sobre otras, con pretensiones de verdad mostrativa y, en ocasiones, verdad demostrativa no estadística. • Suelen ser más ricos en contenidos, holísticos y profundidad explicativa.

Fuente: *Adaptación Anexo: criterios orientadores para la formulación de problemas de investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural, según Hernández Sampieri (2014).*

2.3. Características del enfoque mixto en la investigación jurídica

La investigación según el enfoque mixto consiste en la obtención de datos cualitativos y cuantitativos, su análisis sistémico cualitativo y cuantitativo y la probación (verificación) integrada de ambos enfoques de los postulados explicativos. Las características principales son:

Figura 28. Los tres principales enfoques de la investigación hoy en día, incluyendo subtipos de estudios mixtos



Fuente: H. Sampieri (2014, 535)

3. ¿Qué son los diseños de la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?

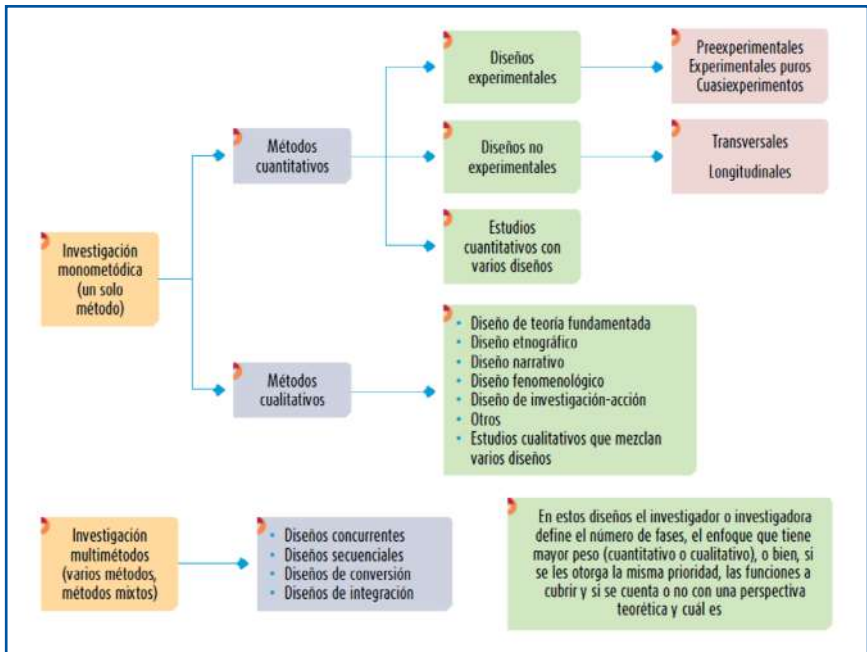
Los diseños en la investigación jurídica son “la estrategia concebida para obtener la información que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema” (Sampieri, 2014, 128). En la búsqueda de la exploración, análisis sistémico y explicación del problema que pone en marcha la investigación cabe utilizar diferentes estrategias según también los diferentes tipos de enfoques.

Así, por ejemplo, uno puede decidir contribuir a buscar explicación del problema jurídico de la persistencia en la violación de los derechos de la mujer a su integridad psicofísica por causa de la violencia de género patriarcal. Este es el problema de investigación. Puede decidir optar por el enfoque cuantitativo, como no muy novedoso, por no muy transitado. Sin embargo, esto nos deja todavía muy en la generalidad y la abstracción. Afortunadamente, la historia de la investigación científica ha avanzado

aterrizando estrategias de búsqueda. A estas se les denomina diseños. Seguramente para mi orientación pueda ayudarme un *diseño cuantitativo no experimental longitudinal de una población objeto de estudio*. La ventaja de afinar, delimitar, y concretizar el enfoque en un diseño nos lleva a enriquecer mucho nuestro trabajo, pues contamos con estrategias ya elaboradas y probadas en su fecundidad. Ciertamente se puede ser creativo y proponiendo una estrategia novedosa. Ambas cosas son posibles, pero generalmente la ciencia avanza sobre los hombros de trabajos anteriores. Desgraciadamente, donde más se evidencia las limitaciones de la reducción normativista del Derecho es en la ausencia generalizada de claridad y uso de estas estrategias o diseños en los trabajos de investigación jurídica.

Siguiendo la clasificación de H. Sampieri (2014, 535), los principales diseños se pueden esquematizar en la siguiente figura:

Figura 29. Tipología de los métodos y diseños de investigación



Fuente: H. Sampieri (2014, 535). En este punto, queremos hacer una observación a la denominación empleada en el texto de Sampieri. En la primera y segunda columna del cuadro, donde dice 'método' o 'métodos', debe decir propiamente 'enfoques'.

3.1. ¿Cuáles son los diseños cuantitativos en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?

Los principales diseños en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural, adoptando la clasificación de H. Sampieri (2014), son tres tipos: a) diseños experimentales; b) diseños no experimentales; c) diseños cuantitativos con varios diseños.

a) Los diseños experimentales en la investigación jurídica

Los diseños experimentales consisten en modificar la presencia, el tipo o la cantidad de una o varias variables independientes, que se postulan como causa o causas, para encontrar o no la correlación, el modo y el grado de alteraciones en una o varias variables dependientes, que se presumen como efectos, todo ello mediante grupos de control para una medición adecuada, con validez interna (coherente, comparable y confiable de los efectos) y validez externa (poder de generalización explicativa de la correlación).

Las variables independientes (causas) pueden ser “tratamientos, estímulos, influencias o intervenciones” (Sampieri, 2014, 129). Según las relaciones entre las variables se puede hacer tres tipos de investigaciones experimentales. (Sampieri, 2014, 132-33):

- 1ª de presencia o ausencia de correlación entre la o las variables independientes y la o las variables dependientes.
- 2ª del modo de afectación de un tipo u otro de una o varias variables independientes sobre una o varias variables dependientes.
- 3ª de grado de afectación de una o varias variables independientes sobre una o varias variables dependientes

Los elementos integrantes de los grupos de control pueden ser elegidos al azar, mediante programas estadísticos, por emparejamiento con la o las variables independientes.

Los diseños experimentales en la investigación jurídica no son posibles cuando lo que se postula como causa es un hecho imposible de manipular (por ejemplo, un hecho fortuito), o un hecho del pasado. Asimismo, estos diseños, aún, siendo posibles, no deben realizarse cuando supongan una violación ética de la dignidad humana y de la Naturaleza (de los derechos humanos y derechos de la Naturaleza), tanto de

investigador como de la persona o grupo investigado (Sampieri, 2014, 130).

Entre los diseños experimentales se suele distinguir tres tipos también aplicables a la investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural:

- 1º *Preexperimentos*. Son ensayos exploratorios con debilidad en la validez interna por menor rigor en la conformación de los grupos de comparación y la equivalencia entre los grupos.
 - 2º *Cuasiexperimentos*. Son aquellos en los que los elementos integrantes de los grupos de control están dados, no se integran al azar, estadísticamente o por emparejamiento con las variables independientes.
 - 3º *Experimentos puros*. Son aquellos que consiguen el control y la validez interna porque cuentan con (i) grupos de comparación y (ii) equivalencia entre los grupos, con posible poder de generalización o validez externa (Sampieri, 2014, 140-151).
- b) Los diseños no experimentales en la investigación jurídica cuantitativa. La investigación jurídica cuantitativa no experimental consiste en la observación de los hechos tal como ocurren en la realidad y la medición de la correlación entre las variables, pero sin intervenir modificando controladamente las variables independientes.
- Los diseños cuantitativos no experimentales se suelen clasificar en: a) transeccionales o transversales y b) longitudinales o evolutivos.
- Los diseños cuantitativos no experimentales transeccionales sirven para explorar, describir, o establecer correlaciones causales entre variables en un momento dado sin intervenir modificando controladamente las variables independientes. En función de su alcance se diferencian en:
 - Exploratorios
 - Descriptivos
 - Correlacionales-causales
 - Los diseños cuantitativos no experimentales sirven para explorar, describir, o establecer correlaciones causales entre variables en un periodo de tiempo sin intervenir modificando controladamente las variables independientes. Se suelen clasificar en:
 - De tendencia (trend) (la categoría que agrupa los elementos se mantiene en el tiempo, aunque los elementos que la integran

puedan variar, por ejemplo, el pueblo Otavalo (categoría), pero sus integrantes cambian con el tiempo.

- De evolución de grupo (cohortes). Se hace seguimiento a lo largo de un periodo tiempo a un grupo constante (agrupado en una categoría) tomando muestras periódicas de algunos elementos del grupo.
 - De panel. Lo que se mide son los mismos grupos y elementos del grupo en un periodo de tiempo.
- c) Los diseños cuantitativos múltiples.
Los diseños cuantitativos múltiples son aquellos que integran más de dos de los diseños cuantitativos experimentales y/o no experimentales.

3.2. ¿Cuáles son los diseños cualitativos en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?

Siguiendo a H. Sampieri (2014, 470), los principales diseños en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural pueden clasificarse en:

- a) diseño de teoría fundamentada (diseños sistemáticos o emergentes)
- b) diseños etnográficos
- c) diseños narrativos
- d) diseños fenomenológicos
- e) diseños de investigación-acción
- f) estudios de caso cualitativos.

a) Los diseños de teoría fundamentada particular (diseños sistemáticos, emergentes y constructivistas)

Los diseños de teoría fundamentada particular buscan precisamente proponer un postulado explicativo de unos hechos concretos. Una vez verificado el postulado, el alcance de esta teoría es local, esto es, referido a esos hechos objeto de indagación.

- El diseño sistemático (o axial) conforma la teoría fundamentada articulando los códigos (unidades de análisis) en categorías (conjunto de códigos unidos por algún elemento común) que se articulan en

función de una categoría central, con frecuencia prefijada, y los otros tipos de categorías (contextual, interviniente, causal, etc.).

- El diseño emergente conforma la teoría fundamentada articulando los códigos en categorías que no están prefijadas. El postulado explicativo surge de la comparación y análisis constante de datos y categorías (no tanto de una categoría central articulada con los otros tipos de categorías).
- El diseño constructivista conforma la teoría fundamentada desde el significado de los participantes ofrecidos en los códigos (unidades de análisis) y categorías.

b) Los diseños etnográficos

Los diseños etnográficos pretenden explorar, analizar sistémicamente, explicar e interpretar los sistemas de grupos humanos, comunidades y sociedades, también desde la perspectiva o punto de vista de los participantes u actores. Lo que se suele explorar, analizar sistémicamente, explicar e interpretar son: prácticas, ideas, creencias, significados, conocimientos, historias, geografías, sistemas socioeconómicos, educativos, políticos, culturales, etc.

Entre algunos de los principales diseños etnográficos, siguiendo a H. Sampieri (2014, 485), tenemos:

- *Diseños “realistas” o mixtos*. Son diseños cualitativos para indagar una comunidad o grupo humano pero que añade datos también cuantitativos y en el análisis se suman categorías emergentes a preconcebidas. La propuesta explicativa de la realidad (postulado) es narrativa integrando elementos estadísticos.
- *Diseños críticos*. Son diseños cualitativos que buscan evidenciar, analizar y resolver problemas de injusticia en una comunidad o grupo humano, que aparecen como categorías predeterminadas: injusticia, dominación, poder, desigualdad, liberación, etc. El resto de categorías no quedan predeterminadas, sino que emergen en la investigación.
- *Diseños “clásicos”*. Son diseños cualitativos en los que los datos, análisis sistémico y postulados explicativos se hace de toda una

cultura, integrando como categorías predeterminadas: lugar, sujetos, ideologías, relaciones entre los integrantes, creencias, expresiones culturales y religiosas, costumbres, estructuras sociales, etc.

- *Diseños macroetnográficos*. Son diseños cualitativos clásicos, realistas o críticos que se ocupan de la indagación de sistemas sociales complejos.
- *Diseños microetnográficos*. Son diseños cualitativos clásicos, realistas o críticos que se ocupan de la indagación de un aspecto o situación social concreta de una cultura.
- *Estudios de casos culturales*. Son diseños cualitativos que indagan la evolución de una comunidad o grupo humano concreto en relación con el resto de la cultura en sus subsistemas sociales: social, económico y político, etc.
- *Metaetnografía*. Son diseños cualitativos que toman en cuenta otros varios estudios etnográficos para encontrar patrones explicativos.

c) Los diseños narrativos

Los diseños narrativos buscan identificar, analizar sistémicamente y explicar interacciones en y de grupos sociales con sus pensamientos, sentimientos y emociones, tomando en cuenta la sucesión histórica de esos hechos en las vivencias contadas de los actores como a) las autobiografías o historias de vida de personas o grupos; b) las biografías de pasajes o épocas de sus vidas; y c) y las vivencias de uno o varios episodios sobre sucesos acontecidos.

Los diseños cualitativos narrativos pueden clasificarse en:

- Diseños autobiográficos de personas o comunidades
- Diseños biográficos de personas o comunidades
- Diseños tópicos. Se centran en un suceso, o una problemática

d) Los diseños fenomenológicos

Los diseños cualitativos fenomenológicos exploran, analizan sistémicamente y comprenden, sin obligación narrativa, el significado, estructura y esencia personal o colectiva de experiencias vividas (emociones,

sentimientos, razonamientos, ideas, etc) respecto a determinados fenómenos, ello sin pretensión de abstraer esos elementos para conformar una teoría fundamentada.

Los diseños cualitativos fenomenológicos se pueden clasificar en dos tipos:

- Diseños fenomenológicos hermenéuticos. Son aquellos diseños que buscan interpretar la experiencia humana a través de los “textos” de vida ofrecidos por los propios integrantes del grupo o comunidad investigada.
- Diseños fenomenológicos psicológicos. Son aquellos diseños que buscan la descripción de las experiencias de los integrantes del grupo o comunidad investigada.

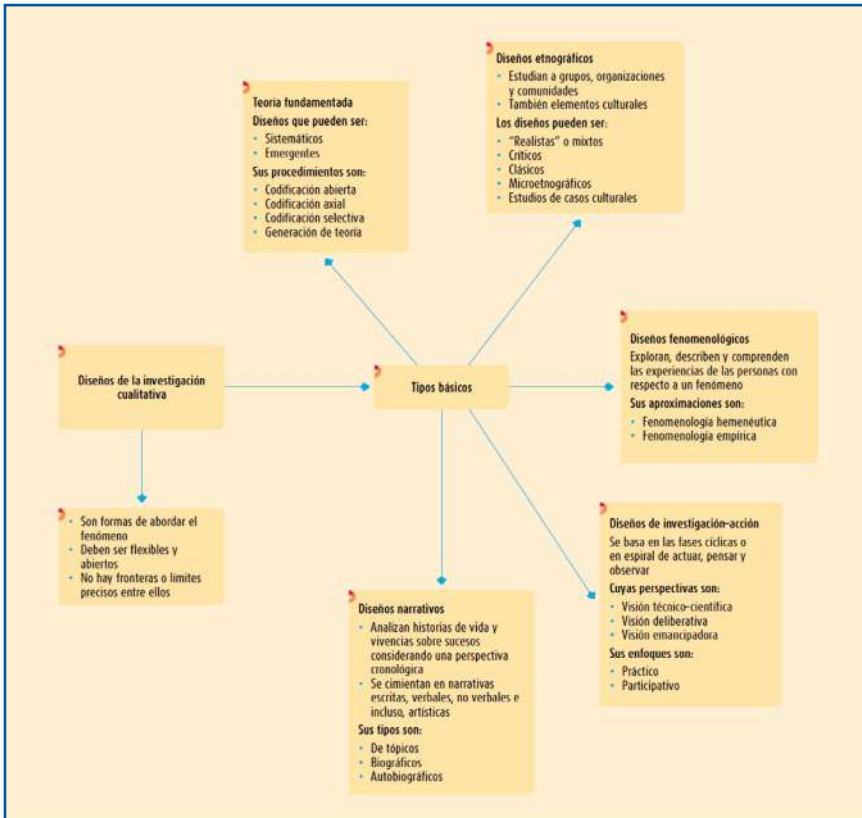
e) Los diseños investigación-acción

Los diseños cualitativos de investigación-acción se centran en detectar problemas, establecer el procedimiento de resolución y resolverlos.

Los diseños cualitativos de investigación-acción pueden tener cuatro orientaciones principales:

- Investigación-acción técnico-científica. Esta se centra en la adecuación de los medios para la resolución de los problemas con reevaluaciones cíclicas de lo realizado.
- Investigación-acción deliberativa. Esta se centra en el proceso o camino para la resolución de los problemas, si es comunicativo, deliberativo, interactivo, negociado, etc.
- Investigación-acción emancipadora. Esta se centra en que tanto el proceso como los resultados sirvan para resolver los problemas con un verdadero cambio social liberador y de crecimiento personal y colectivo; que el cambio sea significativamente cualitativo.
- Investigación-acción participativa. Esta se centra en la participación de los integrantes del grupo social tanto en la detección del problema, el proceso deliberativo y las acciones de resolución emancipadora.

Figura 30. Diseños en la investigación jurídica cualitativa



Fuente: H. Sampieri (2014, 469).

3.3. ¿Cuáles son los diseños mixtos en la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural?

Los diseños en el enfoque mixto de la investigación jurídica interdisciplinar e intercultural son estrategias que buscan la explicación del problema de investigación en su mayor complejidad y dimensiones que los propios del enfoque cuantitativo y cualitativo por separado. Para ello se articulan estrategias propias del enfoque cualitativo y estrategias propias del enfoque cuantitativo.

H Sampieri (2014) propone cuatro preguntas que el investigador debe hacerse para determinar cuál de los diseños mixtos es el más adecuado para su investigación. Las preguntas son:

- ¿Qué clase de datos tienen prioridad: los cuantitativos, los cualitativos o ambos por igual?
- ¿Qué resulta más apropiado para el estudio en particular: recolectar los datos cuantitativos y cualitativos de manera simultánea (al mismo tiempo) o secuencial (un tipo de datos primero y luego el otro)?
- ¿Cuál es el propósito central de la integración de los datos cuantitativos y cualitativos: triangulación, complementación, exploración o explicación?
- ¿En qué parte del proceso, fase o nivel es más conveniente que se inicie y desarrolle la estrategia mixta? Por ejemplo: desde o durante el planteamiento del problema, en el diseño de investigación, recolección de los datos, análisis de los datos, interpretación de resultados o elaboración del reporte de resultados (546).

Siguiendo al autor, los principales diseños mixtos que se pueden diferenciar, también para la investigación jurídica, son los siguientes:

- DEXPLOS: diseño exploratorio secuencial
- DEXPLIS: diseño explicativo secuencial
- DITRAS: diseño transformativo secuencial
- DITRIAC: diseño de triangulación concurrente
- DIAC: diseño anidado o incrustado concurrente de modelo dominante
- DIACNIV: diseño anidado concurrente de varios niveles
- DISTRAC: diseño transformativo concurrente
- DIM: diseño de integración múltiple

a) El diseño exploratorio secuencial (DEXPLOS)

Este diseño se caracteriza porque consta de dos fases. En la primera se obtienen y analizan datos cualitativos y en la segunda se obtienen y analizan datos cuantitativos. Cuando la obtención y análisis de los datos se hace directamente de los hechos el diseño exploratorio secuencial

se llama comparativo. La interpretación y explicación de los hechos se hace integrando y comparando las dos fuentes de datos y análisis. Sin embargo, cuando la obtención y análisis de los datos cuantitativos se hace sobre los datos y análisis cualitativos obtenidos el diseño exploratorio secuencial se llama derivative (H. Sampieri, 2014, 552).

b) El diseño explicativo secuencial (DEXPLIS)

Este diseño se caracteriza porque consta de dos fases. En la primera se obtienen y analizan datos cuantitativos y en la segunda se obtienen y analizan datos cualitativos sobre los primeros. La interpretación y explicación de los hechos se hace integrando y comparando las dos fuentes de datos y análisis. Puede tener mayor peso en la explicación la fase cuantitativa (CUAN) o cualitativa (CUAL). Lo frecuente en estos diseños es el mayor peso de la fase CUAL) (H. Sampieri, 2014, 554).

c) El diseño transformativo secuencial (DITRAS)

Este diseño consta de dos fases, pudiendo empezar por la CUAN O CUALI indistintamente. Pero la característica principal es que asume una teoría, paradigma o marco teórico desde el inicio. Ello delimita y dirige la obtención de datos, el análisis sistémico, la postulación explicativa y la búsqueda de respuesta en la verificación de las posibles respuestas (H. Sampieri, 2014, 556).

d) El diseño de triangulación concurrente (DITRIAC)

En este diseño la obtención y análisis sistémico de los datos, su validez cruzada, así como la formulación de postulados explicativos y la verificación o probación de los mismos se hace de forma simultánea CUAN-CUALI (H. Sampieri, 2014, 557).

e) El diseño anidado o incrustado de modelo dominante (DIAC)

En este diseño la obtención de datos es cualitativa y cuantitativa al mismo tiempo, pero el diseño de uno de los enfoques, cualitativo o

cuantitativo, se convierte en central y el otro en anidado, o también llamado incrustado. El diseño del enfoque central es el que dirige y organiza no solo la obtención de los datos sino su análisis sistémico, formulación de postulados explicativos y verificación o probación de los mismos (H. Sampieri, 2014, 559).

f) El diseño anidado concurrente de varios niveles (DIACNIV)

En este diseño la obtención de datos es cualitativa y cuantitativa diferenciada en diferentes niveles, asimismo los análisis sistémicos varían según los diferentes niveles, pudiendo ser en un nivel CUAN y en el siguiente CUAL, así como a la inversa (H. Sampieri, 2014, 564).

g) El diseño transformativo concurrente de varios niveles (DISTRAC)

En este diseño la obtención de los datos cualitativos y cuantitativos se hace al mismo tiempo (concurrente). Y, al igual que en el diseño transformativa secuencial, una teoría, paradigma o marco teórico desde el inicio. Ello delimita y dirige la obtención de datos, el análisis sistémico, la postulación explicativa y la búsqueda de respuesta en la verificación de las posibles (H. Sampieri, 2014, 565).

h) El diseño de integración múltiple (DIM)

Este diseño se produce la mayor integración de los diferentes diseños cualitativos y cuantitativos en las más variadas posibilidades (H. Sampieri, 2014, 565).

4. ¿Cuáles son las principales técnicas para la obtención, análisis-sistémico y verificación en la investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural?

Para la obtención de datos se requieren de algunas técnicas. Estas son diversas y unas son más apropiadas que otras para el modo o modos, enfoque y diseño elegidos en la investigación jurídica interdisciplinaria e intercultural.

Según el momento o fase de la investigación se pueden clasificar en:

- Técnicas de obtención de datos: observación de campo, entrevista, encuesta, grupos focales, bibliografía documental (en bibliotecas, bases de datos como google académico, dialnet, redalyc, scielo, web of science, jstor, teseo, universia, biblioteca clacso, Taylor and Francis, WorldCat, Lexis, Westlaw), filología, epigrafía, dilemas morales (apoyado en gestores bibliográficos como zotero, mendeley, etc.)
- Técnicas de análisis de los datos: análisis estadísticos (apoyado en programas como SPSS, etc.), análisis cualitativos (apoyado en programas como Atlas-ti etc.), análisis del discurso, análisis axiológico-jurídico, exégesis normativa, interpretación jurisprudencial, etc.
- Técnicas de verificación, probación o falsación (si lo requiere el ámbito de investigación): verificación estadística, verificación de la causalidad histórica, coherencia sistémico-normativa, coherencia jurisprudencial, etc.

A continuación se presenta un ejemplo de una investigación jurídica que articula fundamentalmente los modos historicojurídico, ideologicojurídico y normativo. Lo que se busca explicar es cuál ha sido el estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del periodo de la emancipación.

El autor opta por el enfoque cualitativo. Podría haberlo hecho por un enfoque cuantitativo o mixto, sin embargo, entiende que para su trabajo el que es más apropiado resulta ser el enfoque cualitativo.

Dentro de los posibles diseños cualitativos, aunque el autor no lo hace explícito (algo muy frecuente), opta por la clase de diseños de teoría fundamentada particular, y entre ellos, por un diseño sistemático o axial. Determina cuatro categorías: a) exclusión; b) paternalismo; c) igualdad formal; y d) asimilación, que se convierten en los ejes estructurantes de su trabajo y postulado explicativo. La técnica utilizada ha sido fundamentalmente la documental bibliográfica.

El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del periodo de la emancipación

José Luis Castillo Vegas

Revista de Estudios Histórico-Jurídicos

[Sección Historia de los Derechos Patrios de América] XXXV (Valparaíso, Chile, 2013) [pp. 431–459]

<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n35/a13.pdf>

RESUMEN

El trabajo expone las distintas políticas que las constituciones hispanoamericanas, tras la Independencia de la metrópoli, adoptaron con respecto a los indígenas. Los planteamientos constitucionales incluyen bien una política de exclusión, que trata al indígena como un extranjero, bien una política paternalista, continuadora de la mantenida durante el periodo colonial, bien una política de rigurosa igualdad. Sin embargo, la política más frecuentemente consagrada en estas constituciones fue la dirigida a la asimilación. Palabras clave: Constituciones hispanoamericanas–Población indígena.

ABSTRACT

This work outlines the different policies that the Hispanic American constitutions adopted with regard to the indigenous peoples after the Independency of the metropolis. The constitutional statements include an exclusion policy, that treats the indigenous peoples as foreigners, a paternalistic policy, that maintains the policy that prevailed along the Colonial period, and a policy of strict equality. Nonetheless, the policy towards assimilation was the one most frequently enshrined in these constitutions. Keywords: Hispanic American constitutions – Indigenous population.

I. Las políticas constitucionales sobre los indígenas

Las constituciones hispanoamericanas[1] que, en la segunda y tercera década del siglo XIX, plasmaron la independencia de las antiguas colonias recogieron en sus textos el espíritu de libertad que transmitieron las revoluciones de los Estados Unidos, de Francia y de Haití, así como los ideales liberales que los españoles peninsulares y americanos sustentaron en el proceso que lleva a la Constitución de Cádiz. De esta manera, el constitucionalismo

hispanoamericano puso fin a la monarquía, la Inquisición, el tormento, la trata de esclavos, los mayorazgos, etc.

En esos textos se descubren influencias muy diversas, donde se mezclan los ideales democráticos, republicanos, liberales y conservadores. Son textos eclécticos, con elementos no siempre bien amalgamados, por lo que encontramos, por ejemplo, en la misma constitución artículos de clara influencia rousseauiana junto a la declaración de que la religión católica es la única del Estado, o la afirmación más encendida de la libertad de imprenta junto a la censura eclesiástica. Sólo el común interés de mantener la unidad para garantizar la independencia frente a la metrópoli puede explicar la singular simbiosis de ideas conservadoras, liberales, republicanas y democráticas que conviven en estos textos constitucionales.

Por nuestra parte, vamos a limitar este trabajo al examen de los principales cambios que estas constituciones introdujeron con respecto a la población indígena, y, de manera muy especial, a la supresión del tributo indígena y de los trabajos personales, así como a la obligación de repartir las tierras anteriormente poseídas de manera comunitaria. Si nos fijamos en los cambios introducidos sobre estas materias se puede afirmar que, entre las ideologías concurrentes, fue la liberal la que conseguiría imponerse, pues son los intereses de la nueva burguesía criolla quienes más se favorecieron con la implantación de una economía basada en el dinero, en el intercambio voluntario del trabajo y en la expansión de la propiedad privada.

Conforme se fue asentando la independencia y se elaboran los nuevos textos constitucionales hispanoamericanos encontramos varias maneras de abordar la relación de las nuevas repúblicas con la población indígena. Si nos fijamos en las constituciones que aparecen desde 1811 hasta aproximadamente 1830 en las antiguas colonias españolas podemos reconocer cuatro planteamientos diferentes, aun admitiendo que muchas de ellas son difíciles de clasificar porque participan de varias políticas a la vez....

5. Conclusión

El hecho del derecho, la praxis jurídica entendida como una relación social del poder específica puede ser investigada según los principales enfoques: cualitativo, cuantitativo o mixto. El derecho es interpretación, calidad, cosmovisiones, cultura, etc. Por ello generalmente se ha recurrido al modo

cualitativo, aunque muy reducido al ámbito cualitativo normativo, dada la confusión o falsa identificación entre derecho=norma=texto escrito. Sin embargo, el derecho no solo es más que norma escrita, susceptible de ser abordado desde la pluralidad de modos, como hemos visto a lo largo de esta obra, sino que las relaciones jurídicas son también mensurables, cuantificables y, como relaciones sociales de un poder específico, pueden someterse a experimentación cuantitativa. La riqueza mixta de los enfoques con sus respectivos diseños abre múltiples caminos para adentrarse en la apasionante aventura investigativa del mundo jurídico.

Capítulo 23

¿Cómo elaborar el proyecto de la investigación intercultural e interdisciplinaria?

Viviane Monteiro

El proyecto de investigación, también llamado plan, anteproyecto o propuesta, es el documento en el cual se expone, organiza y justifica la investigación intercultural e interdisciplinaria para aprobación por parte del programa de postgrado, carrera de pregrado o programa de beca o ayudas financieras. Es, por lo tanto, un instrumento de suma importancia que debe ser elaborado con rigurosidad académica y coherencia entre sus partes, que deben estar articuladas de forma a evidenciar la existencia de un previo acercamiento teórico al problema de investigación, así como convencer sobre la relevancia y la factibilidad del trabajo propuesto. De esta forma, la postulación del proyecto provee tres ventajas inicialmente muy evidentes al investigador:

1. El acercamiento científico inicial al objeto de estudio para confirmar desde los estudios previos sus impresiones iniciales e inquietudes sobre la problemática que identificó preliminarmente;
2. El desarrollo del proyecto afianza conocimientos teóricos y metodológicos, al tratarse de un ejercicio de aplicación práctica de los mismos. En efecto, Fuentes-Doria (2020) postula que se trata de “una herramienta de formación integral que articula los conceptos teóricos y metodológicos con la realidad social del entorno, proporcionando al

investigador una nueva perspectiva de la realidad y una nueva visión del medio percibido” (p. 31);

3. Un buen proyecto implica no solamente en su aprobación por la instancia que corresponda evaluarlo, más el desarrollo seguro del trabajo investigativo, toda vez que los elementos del proyecto están estructurados de forma a garantizar la rigurosidad de la investigación y el consecuente reconocimiento de su producto por la comunidad científica (Fuentes-Doria et al., 2020)

Los proyectos pueden tener una variación en el contenido solicitado, de acuerdo a lo que la institución a la cual se postula requiera. No obstante, en el presente capítulo se abordará de los apartados más frecuentes y, por lo tanto, reconocidamente indispensables a las diversas modalidades de proyecto de investigación. Así, como documento que propone una investigación futura, la estructura de un proyecto suele contestar, por lo menos, las interrogantes:

¿Qué se va a investigar?

La identificación precisa del objeto de la investigación es la médula del proyecto; al efecto, se debe: 1) Plantear el problema jurídico de la investigación interdisciplinaria e intercultural (problema de investigación); 2) Determinar la trayectoria de investigaciones previas sobre dicho problema y conceptualizar las variables de la investigación (estado del arte); 3) Formular el fin de la investigación (objetivo general) y desagregarlo en metas que hagan posible alcanzarlo (objetivos específicos); 4) Proyectar los objetivos específicos en el índice tentativo del trabajo final.

¿Por qué y para qué se va a investigar?

La justificación de la investigación del problema jurídico intercultural e interdisciplinario debe contestar a dichas interrogantes, de modo a convencer sobre la pertinencia, la relevancia y la utilidad del trabajo que se plantea para aprobación.

¿Cómo se va a investigar?

Una vez que se ha identificado el objeto de la investigación y determinado el objetivo a alcanzar con la misma, es necesario que se detallen los medios a

ser utilizados para lograrlo: el enfoque elegido, el modo, diseño y las técnicas a ser empleadas en el desarrollo del trabajo de investigación. En el apartado de metodología de la investigación estos ítems deben ser identificados, descritos brevemente, articularse entre sí y justificarse como medios adecuados a los fines de la investigación.

¿Cuándo y dónde se va a investigar?

Parte importante del proyecto de investigación y de la evaluación de su factibilidad es la planificación espacio temporal del mismo. El cronograma de la investigación es el instrumento en el cual deben plasmarse estos detalles de la programación. Se debe proyectar adecuadamente el tiempo para cada fase de la investigación, tomando en cuenta los desplazamientos eventualmente necesarios, el tiempo para colecta de datos, para procesar los mismos y redactar el documento final. En este sentido, los apartados del proyecto de investigación corresponderán, al menos, a los siguientes:

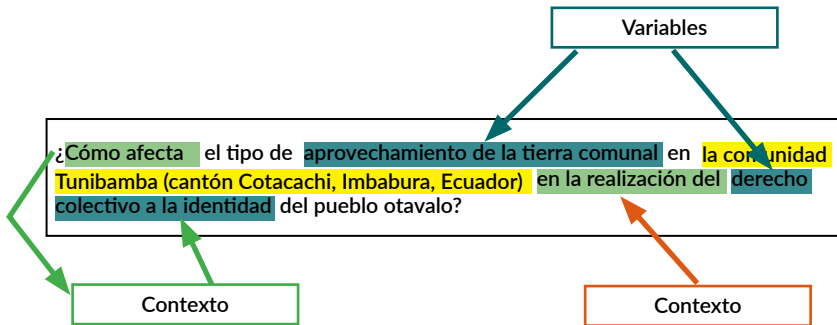
1. Portada o caratula

La mayor parte de las instituciones ofrece una especie de formato o modelo en el cual se incluye una primera página con información general de relevancia. Estos elementos indispensables de identificación son, como mínimo: el título del proyecto, el nombre completo del investigador, el nombre del tutor (si aplica), los datos de la institución y el programa al cual se vincula la investigación, lugar y fecha de la propuesta (López et al., 2013).

En lo que toca al título del proyecto de investigación, este debe tener una formulación que refleje el problema de investigación planteado. De esta forma, a partir del contenido de la pregunta de investigación, se identifican las variables o categorías de estudio, la articulación entre ellas y el contexto en el cual se va a desarrollar el trabajo (espacio, tiempo, institución o caso de estudio).

A diferencia de la formulación de los objetivos, que también tienen por base la estructura de la pregunta, el título no comienza con un verbo, más con un sustantivo que refleje la (s) variable (s) a ser estudiada (s) seguidas del contexto (Fuentes-Doria et al., 2020).

Como ejemplo, obsérvese la pregunta de investigación expuesta en el anterior capítulo:



Identificados estos elementos, se podría plantear el siguiente título:

Aprovechamiento de la tierra comunal y derecho colectivo a la identidad del pueblo Otavalo en la comunidad Tunibamba (cantón Cotacachi, Imbabura, Ecuador).

2. Problema de investigación

Lam Díaz (2005) afirma que “la investigación es un proceso sistemático, organizado y objetivo destinado a responder a una pregunta” (p.1), así, normalmente el primer elemento a formular, por su centralidad, es el problema de investigación. La pregunta de investigación suele ocupar un lugar prioritario en los diversos formatos manejados por las instituciones, ya que de ella dependen todos los demás apartados de la propuesta. La pregunta debe ser lo más precisa posible, toda vez que las categorías o variables utilizadas serán replicadas en el enunciado de los objetivos, en el estado del arte y tendrá consecuencia en la misma metodología. Obsérvese que lo más común es que el problema de investigación simplemente sea formulado como pregunta en el texto del proyecto, sin embargo, algunas instituciones requieren de la complementación por un apartado titulado “planteamiento del problema”. En este particular, se realiza una contextualización que justifica el problema de investigación.

3. Objetivo general y objetivos específicos

Como se explicitó anteriormente, el objetivo general de la investigación está formulado de forma a contestar la pregunta que consiste en el problema jurídico, de manera que todo el proyecto debe estar constituido de

instrumentos que viabilicen que se alcance dicho fin. En consecuencia, los objetivos específicos serán pasos intermedios que conducirán al objetivo general, desagregándolo de forma organizada en una secuencia lógica. En el texto del proyecto los objetivos son enunciados en el apartado correspondiente, careciendo de justificación o argumentación sobre los mismos. Finalmente, vale recordar que los objetivos específicos deben reflejarse en los capítulos del desarrollo del trabajo de investigación.

4. Justificación

Como ya se expuso anteriormente, el apartado de la Justificación se dirige a defender el valor de la investigación propuesta, buscando su aprobación. Al efecto, se sostiene la conveniencia, relevancia social, las implicaciones prácticas, el beneficio teórico y/o la utilidad metodológica del trabajo (Hernández, 2016). De esta forma, podrá ser útil para guiar la redacción de este apartado fundamental al convencimiento de las instancias académicas, contestar las preguntas guía abajo y posteriormente redactar en forma de un cuerpo de texto (no como respuestas a preguntas separadas) vinculando con los objetivos de la investigación.

1. ¿Cuál es la situación problemática que se pretende investigar?
En esta oportunidad es conveniente una contextualización de la situación problemática percibida, sus consecuencias prácticas y la motivación del estudiante para investigarla.
2. ¿Cuál es la importancia y actualidad que tiene el problema que se va a investigar?
3. ¿Cuáles son los beneficios sociales del trabajo?
En el estudio de pertinencia se evalúa el aporte de la investigación a la comunidad, y este enlace con las necesidades sociales es una de las claves para justificar la relevancia del trabajo.
4. ¿Cuáles son los beneficios metodológicos y/o disciplinares de la investigación?
Qué aporta la investigación al ámbito del Derecho, sea un beneficio metodológico o disciplinario, por ejemplo, una nueva perspectiva de un viejo problema, una situación novedosa, una visión o un método interdisciplinario o intercultural para una problemática, etc.

5. ¿Cuál es la pertinencia de la investigación con las políticas públicas nacionales o locales, la Constitución y/o el derecho internacional?
6. ¿Cuál es la pertinencia con las líneas de investigación de la institución?

5. Estado del arte

Presentada la situación problemática actual sobre la cual recae la investigación en la Justificación, en el estado del arte se propone mirar hacia atrás y recoger la trayectoria histórica contextualizada del problema de investigación. Sobre la forma de redactar este apartado, se debe tener muchísimo cuidado para que no se vea como un ejercicio de “copiar y pegar” citas de los diversos autores, o peor, de simple normativa. Así, se debe evitar el exceso de citas directas (literales) que cansan la lectura y apuntar a la construcción de un texto fluido escrito por el autor del proyecto (y no los autores citados) en el cual exista un diálogo entre los diversos momentos, corrientes teóricas o paradigmas encontrados. Es más conveniente que se utilicen las paráfrasis y que las citas directas sean una excepción para casos muy especiales. Obsérvese también que el manejo de diferentes autores y formas de citación implica destreza en el estilo de referencias bibliográficas y texto que maneja la institución.

Si bien el estado del arte no es sinónimo de un marco normativo, sobre todo en el caso de una investigación interdisciplinar e intercultural, la evolución normativa puede ser útil cuando bien manejada en el texto. Utilizando las preguntas guía presentadas en el capítulo 19¹, en la evolución teórica sobre la temática se puede vincular como, de forma paralela, estas concepciones se reflejaron o no en las normas jurídicas vigentes a la época e, incluso, a depender del modo de investigación propuesta, enlazar este análisis con el momento histórico nacional e internacional o el contexto político, por ejemplo. Sin embargo, se debe evitar, tal como se mencionó en relación a las obras, el uso excesivo de transcripciones literales de artículos de ley que, si necesarios, podrán estar en el pie de página.

-
1. a) ¿qué han aportado a la resolución del problema de investigación jurídica?; b) ¿en qué obras y sus años de publicación?; c) ¿con qué paradigmas ontológicos y epistemológicos?; d) ¿con qué categorías y conceptos?; e) ¿qué críticas han recibido por sus limitaciones explicativas?; f) ¿en qué estado actual se encuentra el problema de investigación?; g) ¿qué queda por hacer?

6. Metodología

La metodología o marco metodológico del proyecto de investigación es otro eje central de este documento, ya que, a partir de los objetivos planteados, en este apartado se trazan las estrategias o instrumentos a ser utilizados para que se logre el fin propuesto. Sin embargo, definir todos los componentes de la metodología no se trata de algo simplemente instrumental o de naturaleza neutral. Al revés, cada paso en el cual se realiza la elección de un enfoque, modo o instrumento de investigación, se plantea una perspectiva no solamente metodológica sino epistemológica y, a veces, ontológica sobre el problema de investigación. Efectivamente, no es lo mismo estudiar la violencia contra las mujeres, por citar un ejemplo, a través de estadísticas oficiales, grupos focales con las víctimas, de entrevistas con expertos, encuestas con personal que realiza atención a víctimas, o, como lo hizo Rita Segato por años, a través de entrevistas con los victimarios. La riqueza de la investigación está justamente en la diversidad de posibilidades de acercamientos al problema de investigación. En este contexto, vale la pena recordar que son parte del apartado de metodología la elección de los siguientes componentes:

- **Alcance de la investigación:** exploratoria, sistematizadora-analítica, explicativa.
- **Enfoque de la investigación:** cualitativo, cuantitativo o mixto.
- **Diseño de la investigación:** diseños en el enfoque cuantitativo – experimentales o no experimentales (transeccional o transversal). Diseños en el enfoque cualitativo–de teoría fundamentada, etnográfico, narrativo, investigación acción. Diseños en el enfoque mixto–DEXPLOS: diseño exploratorio secuencial, DEXPLIS: diseño explicativo secuencial, DITRAS: diseño transformativo secuencial, DITRIAC: diseño de triangulación concurrente, DIAC: diseño anidado o incrustado concurrente de modelo dominante, DIACNIV: diseño anidado concurrente de varios niveles, DISTRAC: diseño transformativo concurrente, DIM: diseño de integración múltiple.
- **Modo interdisciplinar de aprehensión:** histórico-jurídico, socio-jurídico, antro-po-jurídico, psico-jurídico, ideológico-jurídico, axiológico-jurídico, económico-jurídico, lingüístico-jurídico, normativo-jurídico, jurisprudencial (Salamanca, 2015).

- **Técnicas o instrumentos de investigación:** encuesta, entrevista, grupo focal, identificación documental, obtención de datos documentales, observación, observación participante, etnografía, tests, estadísticas, biografía, recolección de datos electrónica o mecánica.
- **Población o muestra:** participantes voluntarios, expertos, caso/casos de estudio, muestra por cuotas.

MATRIZ OPERACIONAL

	Elección	Definición	Justificación (articulación con los objetivos)
Alcance de la investigación (exploratoria, sistematizadora-analítica, explicativa)			
Enfoque (cualitativo/cuantitativo/mixto)			
Modo interdisciplinar de aprehensión (histórico-jurídico, socio-jurídico, antro-po-jurídico, psico-jurídico, ideológico-jurídico, axiológico-jurídico, económico-jurídico, lingüístico-jurídico, normativo-jurídico, jurisprudencial)			
Diseño de la investigación (Diseños en el enfoque cuantitativo – experimentales o no experimentales (transeccional o transversal); Diseños en el enfoque cualitativo–de teoría fundamentada, etnográfico, narrativo, investigación acción; Diseños en el enfoque mixto–DEXPLOS: diseño exploratorio secuencial, DEXPLIS: diseño explicativo secuencial, DITRAS: diseño transformativo secuencial, DITRIAC: diseño de triangulación concurrente, DIAC: diseño anidado o incrustado concurrente de modelo dominante, DIACNIV: diseño anidado concurrente de varios niveles, DISTRAC: diseño transformativo concurrente, DIM: diseño de integración múltiple.			

MATRIZ OPERACIONAL

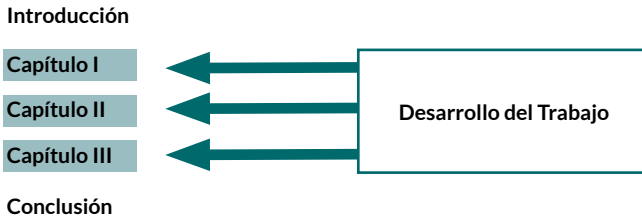
	Elección	Definición	Justificación (articulación con los objetivos)
Técnicas/Instrumentos de investigación (encuesta, entrevista, grupo focal, identificación documental, obtención de datos documentales, observación, observación participante, etnografía, tests, estadísticas, biografía, recolección de datos electrónica o mecánica)			
Población/muestra (participantes voluntarios, expertos, caso/casos de estudio, muestra por cuotas)			

En este sentido, cada una de las estrategias elegidas deben ser acompañadas de una definición de un autor de referencia, una vez que pueden existir distintas concepciones de algún componente, seguida por la justificación de la elección. Esta justificación consiste en argumentar la adecuación de la estrategia elegida para que se logren los objetivos de la investigación. Como forma de orientación, la matriz operacional abajo sirve de guía para la redacción completa de la metodología.

7. Índice tentativo

El índice tentativo del documento final en donde se presenta la investigación, sea un artículo científico o una tesis, sirve de guía para la elaboración de trabajo escrito y organización del proceso investigativo en sí mismo. Los capítulos o apartados del desarrollo del trabajo deben reflejar cada uno de los objetivos específicos, y ser nombrados en referencia a los mismos, siguiendo la secuencia lógica planteada para lograr dar coherencia e ilación al trabajo como un todo.

Además, se pueden observar los siguientes apartados:



8. Cronograma

El cronograma de actividades organiza temporalmente las acciones trazadas a partir del planteamiento metodológico del proyecto, de forma consecuente con los tiempos manejados institucionalmente. Lo más común es que el cronograma aparezca en formato de una tabla en la cual se describen las actividades a realizarse en la derecha y se ubica el tiempo que se dispone al efecto, sea en meses o semanas, en la izquierda. (Véase cuadro de la página siguiente)

9. Referencias bibliográficas

Todo el desarrollo del proyecto de investigación se basa, como se trató anteriormente, de un acercamiento teórico y metodológico al problema de investigación, que se va a reflejar en todos los apartados, pero que ameritan un mayor cuidado en el estado del arte, justificación y metodología. En efecto, es parte del contenido de estos elementos la sistematización de conceptos y categorías que implicarán el manejo adecuado del sistema de citación adoptado por la institución y una consecuente lista final de autores citados: las referencias bibliográficas.

Si bien todo el material citado debe reflejarse en esta lista final, sean audiovisuales, audios, normativa, jurisprudencia, obras de metodología, manual de estilo etc., es necesario recordar la distinción entre estado del arte, marco legal y marco metodológico, para que no se confundan en el caso de las instituciones que manejan número mínimo de autores.

En este caso, se toman en cuenta los autores que sostienen el estado del arte del proyecto, y no el total de referencias que pueda utilizarse para el documento.

Meses	Agosto				Septiembre				Octubre				Noviembre				Diciembre				Enero			
Semanas	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Búsqueda de literatura pertinente sobre lo investigado.		■	■																					
Elaboración del material para efectuar entrevistas, encuestas, obtención de datos de diversas fuentes.					■	■																		
Clasificación de documentos físicos y electrónicos (judiciales, sociales, culturales, periodísticos, etc.).							■	■																
Búsqueda y obtención de los documentos que corresponderán a los anexos.									■	■	■													
Elaboración y desarrollo del estudio de caso en base en la información recabada.												■	■	■	■									
Elaboración de la bibliografía aplicando las normas APA, revisión de ortografía, redacción y citación del borrador del artículo.															■									
Correcciones al primer borrador.																				■	■			
Correcciones al segundo borrador.																					■	■		
Presentación del artículo científico final.																							■	

10. Bibliografía

- Fuentes-Doria et al. (2020). *Metodología de la Investigación*. medellín: UPB.
- Hernández, S. (2016). *Metodología de la Investigación*. Mexico: Mc Graw-Hill-Educación.
- Lam Díaz, R.M. (2005). Metodología para la confección de un proyecto de investigación. *Instituto de Hematología e Inmunología*, 1-20.
- López et al. (2013). Cómo redactar proyectos de investigación. *Rev Esp Méd Quir*, 331- 338.
- Salamanca, A. (2015). La Investigación Jurídica Intercultural e Interdisciplinar. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología. *Redhes*, 59-92.

Capítulo 24

El aparato crítico

Alejandro Rosillo Martínez

1. Introducción

El aparato crítico se refiere al conjunto de fuentes de información que se utilizaron durante la investigación. En este capítulo, se mostrará la forma de realizar su referencia o cita, que consiste en hacer explícita la fuente de investigación de donde se está tomando una idea, un concepto, una información, etc. Una investigación sin aparato crítico carece de sustento, y corre el riesgo de cometer plagio, es decir, de utilizar ideas, información o hasta textos íntegros que no son de autoría propia sino de un tercero.

Es importante señalar que todo sistema de citación tiene el mismo objetivo: que el investigador explicita sus fuentes, otorgue el crédito respectivo a los autores de donde obtiene información o ideas, y proporcionarle al lector referencias para profundizar en las temáticas que aborda el escrito. Por lo tanto, hay que ser consciente de que no existe un sistema mejor que otro, pues todos cumplen con dichas finalidades. La selección de un sistema puede basarse en diversas razones, desde preferencias personales del autor –con qué sistema se siente más cómodo para escribir–, criterios editoriales –esta revista o editorial usa tal sistema–, uniformidad académica –el sistema utilizando en tal universidad es tal– hasta políticas de control del conocimiento –la asociación de tal disciplina establece el uso de tal sistema–.

El valor de una investigación está en lo que tiene que ver con su contenido (metodología, marco teórico, argumentación, resultados, etc.), y no en cuál es el sistema de citación que se utiliza. De ahí que sea un error, pensar que, por utilizar cierto sistema, la investigación tiene mayor calidad que otra que maneja un sistema distinto. Esta creencia cada día es más común en espacios académicos que se han visto sometidos a una estandarización del conocimiento, que no tiene mucho que ver con la innovación en la investigación. No obstante, esto no significa que el uso de un sistema de citación no sea importante. Parte de la calidad de la investigación es mostrar las fuentes de investigación que se utilizaron. De ahí que sea importante armar de manera correcta el aparato crítico, para lo cual sirven los sistemas de citación.

Por lo tanto, el interés de este capítulo no es tan sólo enseñar a usar un sistema de citación, sino dar las herramientas para que se comprenda cómo funcionan y se tenga la capacidad de utilizar cualquiera. Es decir, no se pretende dar simplemente un recetario de normas que se tienen que seguir al pie de la letra, sino una visión panorámica sobre lo que consiste un sistema de citación para que, a partir de ella, se pueda utilizar y comprender cualquiera. De hecho, dentro de un mismo sistema pueden existir variaciones, debido a las instituciones que los usan o a cuestiones de tradiciones, y si no existe consciencia de esto, se puede caer en discusiones infértiles. Hay que evitar encerrarse en un único sistema, sino desarrollar la capacidad de comprender y utilizar la diversidad que existe.

2. Diferencias básicas entre sistemas

Existen diversos sistemas para formar el aparato crítico: APA, ISO690, Chicago, NLM/Vancouver, MLA, Harvard, Latino, etc. En todos, es importante diferenciar dos momentos de citar la fuente de investigación:

1. Durante el desarrollo del escrito de investigación, que puede ser a través de citas textuales y de paráfrasis.
2. Al final del escrito, en la sección que se suele nombrar como “Fuentes de investigación”, donde se presenta la lista total de las fuentes de investigación.

Las diferencias entre estos sistemas se pueden agrupar en cinco grupos:

1. Dónde se coloca la referencia a la fuente en el cuerpo del texto.
2. Cuáles son los elementos que se usan para construir la referencia.
- 3.Cuál es el orden en que se presentan dichos elementos.
4. El tipo de puntuación que se utiliza para separarlos.
5. La tipografía utilizada para distinguir los elementos.

En cuanto a la **primera diferencia**, hay sistemas que optan por la referencia de la fuente dentro del mismo cuerpo del texto, normalmente entre paréntesis; en este caso están los sistemas APA, ISO690, NLM, MLA, Harvard. Otros sistemas solicitan que la referencia se haga a nota a pie de página, como el sistema latino y el Chicago. Por ejemplo,

Cita a nota a pie de página	Cita en el cuerpo del texto
<p>Como señala Edgar Morin, las filosofías dominantes del derecho se inscriben en la epistemología hegemónica de Occidente, que busca ideas claras y distintas “bajo el imperio de los principios de disyunción, reducción y abstracción, cuyo conjunto constituye lo que llamo el ‘paradigma de la simplificación.’”¹</p> <hr style="width: 20%; margin-left: 0;"/> <p>1. Morin, Edgar, <i>Introducción al pensamiento complejo</i>, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 29.</p>	<p>Como señala Edgar Morin, las filosofías dominantes del derecho se inscriben en la epistemología hegemónica de Occidente, que busca ideas claras y distintas “bajo el imperio de los principios de <i>disyunción</i>, <i>reducción</i> y <i>abstracción</i>, cuyo conjunto constituye lo que llamo el ‘paradigma de la simplificación.’” (Morin, 2005, p. 29)</p>

En este ejemplo, vemos un caso de una cita textual que fue tomada del libro “Introducción al pensamiento complejo” de Edgar Morin, publicado por Editorial Gedisa, en la ciudad de Barcelona, en el año 2005. Fíjese cómo la ubicación de la referencia o cita cambia: o al final de la página a través de una nota de pie de página, o en el mismo cuerpo del texto, colocándola entre paréntesis. En el segundo ejemplo, la información completa de la fuente no aparece en el cuerpo del texto, sino hasta el final del escrito.

En cuanto a la segunda diferencia, los elementos varían según el tipo de fuente, aunque en general veremos que coinciden en: título del artículo o del libro, título de la revista y la información de su número, editorial, ciudad

de edición, año de la edición, páginas, ISBN o ISSN. Además, se puede añadir el enlace y otras informaciones en caso de tratarse de un recurso electrónico.

En cuanto a la tercera diferencia, el orden de los elementos arriba mencionados cambian según el sistema utilizado. Todos comienzan con el nombre del autor, aunque puede variar en el orden de los apellidos y nombre, y si se coloca el nombre completo o solo la letra inicial. El lugar del año, del título de la obra, la editorial y la ciudad van ocupando sitios diferentes, como se explicará más adelante.

En cuanto a la cuarta diferencia, el uso de signos para la separación de los elementos que componen la cita también varía según el sistema elegido. En algunos, se usan solo las comas (,) y el punto final (.), pero en otros también se usan los dos puntos (:), el punto intermedio (.), el punto y coma (;) y los paréntesis ().

En cuanto a la quinta diferencia, la mayoría de los sistemas utiliza dos tipos de tipografía: la normal y la *cursiva*. Algunos utilizan la **negrilla** o el subrayado, aunque son menos frecuente. También puede haber diferencia en el uso de las mayúsculas, sobre todo en cuanto al apellido del autor; en algunos sistemas se coloca con mayúscula y minúsculas (Pérez), y en otros con totalidad de mayúsculas (PÉREZ).

En los siguientes ejemplos, se observan estas diferencias. Se ha colocado una cita básica referida a un libro según varios sistemas, y debajo se menciona qué significa cada elemento. Además, con color rojo o verde se resaltan algunas características para notar las diferencias, y con color azul se hace énfasis en la puntuación. Este cuadro no pretende ser exhaustivo,

Sistema	Ejemplo
Latino	Hinkelammert, Franz, <i>Critica de la razón utópica</i> , Desclee de Brouwer, Bilbao, 2002. <small>Autor Título del libro Editorial Ciudad Año</small> <small>Nombre completo Letra cursiva Solo comas (,) separan los elementos Punto (.)</small>
Chicago	Hinkelammert, Franz. <i>Critica de la razón utópica</i> . Bilbao: Desclee de Brouwer, 2002. <small>Autor Título del libro Ciudad Editorial Año</small> <small>Punto (.) Punto (.) Dos puntos (:) Coma (,) Punto (.)</small> <small>Nombre completo</small>
APA	Hinkelammert, F. (2002). <i>Critica de la razón utópica</i> . Desclee de Brouwer. <small>Autor Año Título del libro Editorial</small> <small>Coma (,) Año entre paréntesis Letra cursiva</small> <small>Excepto con el nombre, se separan con punto (.) los demás elementos.</small>
Harvard	Hinkelammert, F. (2002) <i>Critica de la razón utópica</i> . Bilbao: Desclee de Brouwer. <small>Autor Año Título del libro Ciudad Editorial</small> <small>Año entre paréntesis Letra cursiva Punto (.) Dos puntos (:) Punto (.)</small> <small>Sin punto (.)</small>

pues sólo se basa en la forma de citar un libro de autoría única; lo único que busca es mostrar las diferencias básicas entre los sistemas.

Aunque existen más sistemas, los cuatro que se presentan son suficientes para mostrar las diferencias básicas. Es importante saber que la puntuación no es aleatoria, sino que se coloca según los elementos que separa; por ejemplo, en el sistema Harvard, los dos puntos (:) sirven para separar la ciudad de la editorial.

3. Cita textual o paráfrasis

Para realizar correctamente las referencias de fuentes de investigación es necesario tener en claro dos formas de utilizarlas: como cita textual o directa, o como cita indirecta o paráfrasis.

- a) Cita directa o textual: son párrafos que se extraen de una fuente, que debe respetarse en su integridad; es decir, se transcribe textualmente.
- b) Paráfrasis o cita indirecta: expresa con palabras propias, el contenido de una fuente de investigación. A través de este tipo de citas, se busca expresar con otras palabras lo expuesto en la fuente, o dar un resumen o una síntesis de su contenido.

En los siguientes ejemplos se busca presentar la manera de colocar las citas directas o indirectas en el escrito de investigación. Cabe señalar que en los ejemplos se utiliza la referencia dentro del cuerpo del texto, y no a nota a pie de página, pero en ambas formas se puede seguir la misma distribución.

Ejemplo 1: cita directa corta

En el siguiente ejemplo, se transcribe una frase de un libro de Morin, y como la cita es corta –dos renglones como máximo– se coloca dentro del mismo párrafo entre comillas. Es fundamental tener claro que toda cita textual corta debe colocarse entre comillas, pues de lo contrario, se estaría comprendiendo como una cita indirecta y se consideraría como plagio. Además, como es una transcripción íntegra, se deben respetar todos los elementos, como la tipografía; en el ejemplo, las palabras *disyunción*, *reducción* y *abstracción* están en cursiva, porque así aparecen en la fuente original.

Las filosofías dominantes del derecho se inscriben en la epistemología hegemónica de Occidente, que busca ideas claras y distintas “bajo el imperio de los principios de *disyunción*, *reducción* y *abstracción*, cuyo conjunto constituye lo que llamo el ‘paradigma de la simplificación’” (Morin, 2005, p. 29). El pensamiento simplificador busca aislar lo que separa y oculta todo lo que religa e interactúa; mediante procesos de abstracción e idealización, se reduce la complejidad de la realidad, simplificándola para poder abarcarla y comprenderla.

Ejemplo 2: cita directa larga

En el siguiente ejemplo, se transcribe un párrafo de un libro de Senent, y como la cita es larga –más de dos renglones– se coloca en un párrafo independiente, sin comillas, con un margen izquierdo mayor y con un punto menor de tamaño de la fuente para distinguirlo del resto del escrito. Estos tres detalles (párrafo independiente, sangría izquierda y reducción de tamaño de letra) son las que informan al lector que se encuentra ante una cita directa larga. Además, como es una transcripción íntegra, se deben respetar todos los elementos, como la tipografía, pero aquí presentamos dos excepciones válidas:

- a) La primera letra, como puede verse, se presenta entre corchetes [L]; eso significa que en el texto original es una letra minúscula, pero como se inicia un párrafo lo correcto es que sea una letra mayúscula. Es decir, los corchetes señalan que en el texto se hizo el cambio de minúsculas a mayúsculas para respetar una regla ortográfica.
- b) Se encuentran tres puntos entre corchetes [...] que significan que no se hizo la transcripción completa, sino que hay una parte que quedó ausente. Es decir, que en el texto original, después de “perspectiva que” no sigue inmediatamente “vamos a adoptar”, sino que hubo un texto intermedio que no se consideró necesario transcribir, pues no afectaba el sentido del texto.

Todas las citas directas, sean cortas o largas, deben contener la página o las páginas donde se encuentra el texto transcrito. En los dos ejemplos, el número que sigue a los dos puntos, es la página correspondiente.

Diversos autores relacionados con los procesos de liberación de pueblos o sujetos oprimidos por las actuales estructuras de la globalización capitalista, han destacado la importancia de trascender de una visión simplificada de derechos humanos a una compleja. Así, por ejemplo, inspirado en gran parte por la filosofía de Ignacio Ellacuría, Juan Antonio Senent afirma:

[L]a perspectiva que [...] vamos a adoptar está marcada por la búsqueda de una ‘visión compleja’ del fenómeno de los derechos humanos que reconozca la dimensión ‘procesual’ de la dinámica de los derechos humanos. Ya adelantamos que no pretendemos que darnos ni en una dimensión positiva e institucional, ni meramente axiológica, ni moral como explicación suficiente del fundamento de los derechos. Más bien trataremos *de dar cuenta de lo que está posibilitando en un sentido radical el complejo fenómeno histórico que representan los derechos humanos* (Senent, 2007:29).

Las praxis de liberación que han efectuado diversos sujetos en los últimos tiempos muestran que el pensamiento simplificante del derecho no da cuenta cabalmente de la realidad.

Ejemplo 3: cita indirecta

En el siguiente ejemplo se realiza una cita indirecta, pues se expresa con palabras del autor de la investigación la idea de Ignacio Ellacuría. No es una transcripción, sino la paráfrasis del pensamiento de Ellacuría. No se pone entre paréntesis, pero sí se debe citar la fuente.

A diferencia de lo que puede suceder con posturas idealistas o mecanicistas de la historia, el mal y la injusticia en la historia no pueden ser legitimados ni justificados como unas necesidades lógicas en el desarrollo de una teleología o como partes de un devenir forzoso de la historia. Más bien el mal histórico es un límite real que se presenta como un desafío a la praxis de liberación. La liberación es, entonces, un proceso a través del cual el ser humano va ejerciendo su libertad, y va haciéndose cada vez más libre gracias a su estructura de esencia abierta (Ellacuría, 2000:640).

Ejemplo 4: cita indirecta

En el siguiente ejemplo, se presenta un resumen de la posición que Franz Hinkelammert desarrolla en cinco páginas de su libro (de la página 19 a la 23). Como se ve, lo que busca el autor de la investigación es presentar en pocas líneas una síntesis de lo que el tercer autor desarrolla de manera amplia en su libro.

Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone –o se pretende imponer– a la sociedad entera (Hinkelammert, 2005, p. 19-23).

Ejemplo 5: Cita indirecta

En el siguiente ejemplo, la cita no contiene número de página, ya que se refiere a toda la obra. Esto se utiliza cuando la síntesis que se presenta es sobre todo el contenido de la obra referida.

Tampoco intentamos darle un sentido de “nostalgia del pasado”, como pretendían los románticos alemanes, sino como una serie de nociones básicas que pueden ir inspirando e iluminando la praxis en distintos momentos históricos, y que pueden verse expresadas, alimentadas, argumentadas, etc., desde diversos aparatos teóricos, sin que esto signifique un “tradicionalismo” que impida el surgimiento de la originalidad y la novedad en la historia. Por ejemplo, pensemos en la “opción por los pobres” dentro de la tradición bíblica, que va desde la narrativa del Éxodo hasta la actual Teología de la Liberación en América Latina (Lohfink, 1995).

Una de las fallas constantes en los reportes de investigación es la ausencia de fuentes de investigación. Hay la creencia de que sólo cuando hay citas textuales o directas se debe citar. Pero como se ha visto, también existen las citas indirectas que, en una gran cantidad de investigaciones, suelen ser más que las citas directas.

4. Para identificar los elementos de la fuente

Para el uso de cualquier sistema, es importante saber identificar los elementos necesarios para formar la referencia. Estos datos dependen de la fuente, por lo que se explicarán las principales.

4.1. Libro de autoría única

El libro de autoría única se refiere a la obra que en su totalidad es escrita por una sola persona. No obstante, puede contener un prólogo, un prefacio, un estudio introductorio, una introducción o un epílogo escrito por otra persona; pero la existencia de alguna de estas opciones, no afecta su categoría de autoría única. Los elementos a identificar en esta fuente de investigación son:

- a) Nombre del autor
- b) Título del libro
- c) Subtítulo del libro
- d) Editorial
- e) Ciudad
- f) Año de edición
- g) Número de edición
- h) Traductor (si lo hubiera)
- i) Editor (si lo hubiera)
- j) Autor del prólogo, introducción, etc., si fuera diferente al autor del libro.

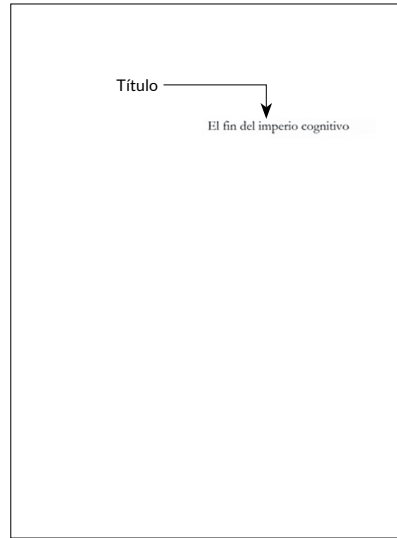
En un libro, esta información normalmente se encuentra distribuida en la portada externa o cubierta, en la portadilla (página 1), en la portada (página 3) y en la página legal (página 4). Veamos el caso del libro *El fin del imperio cognitivo*.

Dentro de estas primeras páginas de un libro, se deben encontrar todos estos elementos que servirán para formar la cita, según el sistema que se elija. Cabe hacer notar que no siempre se encontrará un traductor o un editor, ni tampoco todos los libros cuentan con subtítulo. El traductor aparecerá cuando la obra fue escrita originalmente en otro idioma y se requirió de una

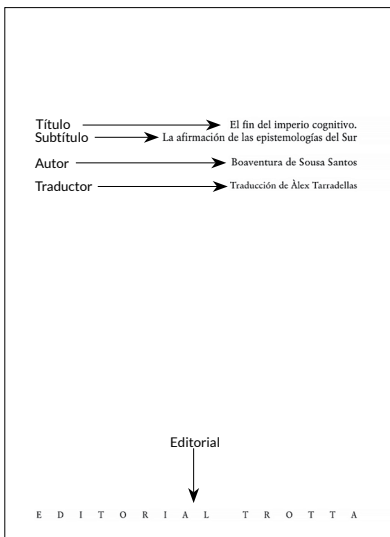
Portada exterior o cubierta



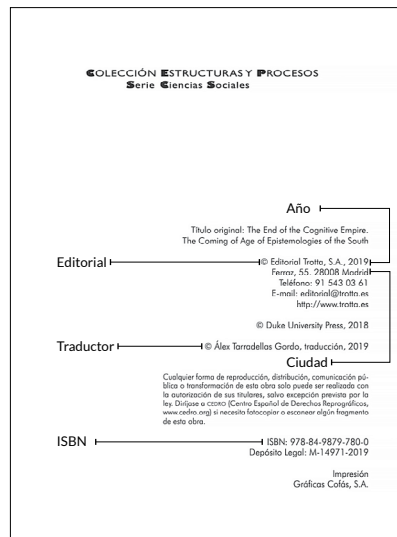
Portadilla



Portada



Página legal



tercera persona (no del autor) para su traducción. El editor es la persona que, sin ser el autor, llevó a cabo diversas actividades que se consideran tareas de edición, como puede ser la selección de los artículos que compondrán el libro, la revisión final del escrito, entre otras.

El ISBN es el *International Standard Book Number*, o en español, el Número Estándar Internacional de Libros. Es un número único para cada libro, y sirve especialmente para la distribución comercial y el inventario. Se adoptó internacionalmente en 1970, por lo que libros editados antes de ese año no tendrán este número. Hasta 2006, el número se componía de 10 dígitos, y a partir de 2007 se compone por 13 dígitos.

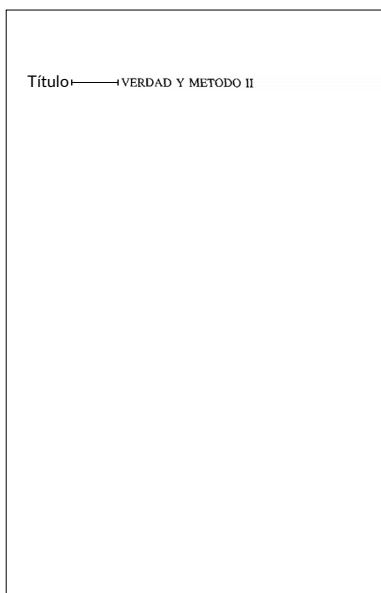
La ciudad se refiere al lugar sede de la editorial, no a la ciudad sede del taller de impresión. Además, es importante tener en claro que se trata de la ciudad, no del país. Por lo tanto, utilizar España o Ecuador es incorrecto, sino debe ser, por ejemplo, Madrid, Sevilla, Quito, Guayaquil.

A continuación, otro ejemplo, pero ahora con una obra dividida en tomos. Una obra dividida en tomos o volúmenes suele señalarse con números romanos, aunque también se aceptan números arábigos y ordinales.

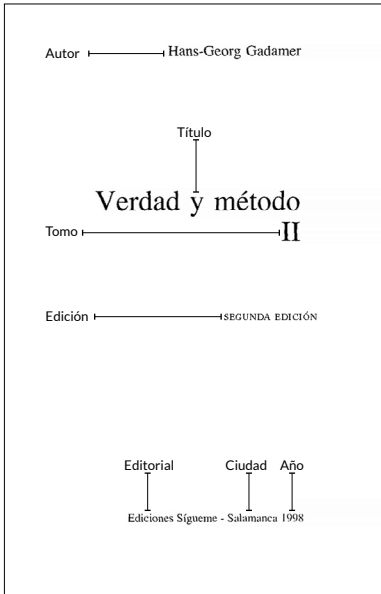
Portada exterior o cubierta



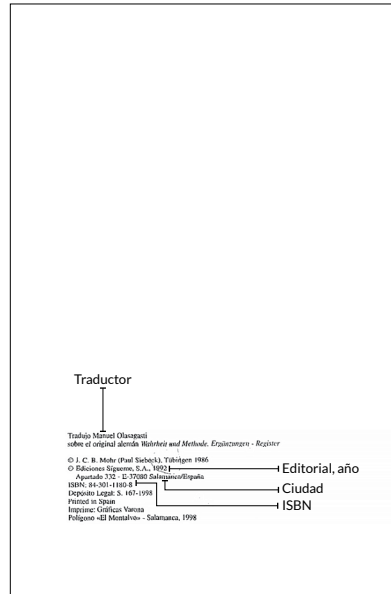
Portadilla



Portada

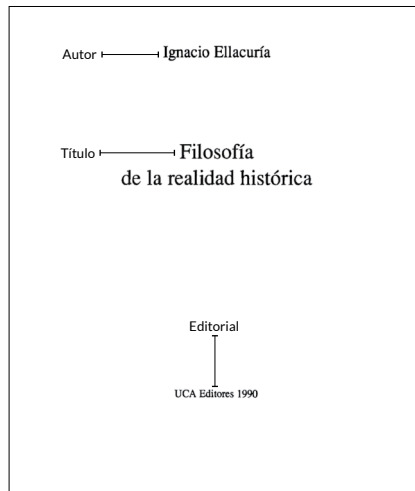


Página legal



En el siguiente ejemplo, veamos el caso de una obra que contiene un prólogo de un autor diferente.

Portada



Página inicial y final del prólogo

Título
↓
Prólogo

La *Filosofía de la realidad histórica* que ahora póstumamente publicamos constituye sin duda el más ingente trabajo intelectual de Ignacio Ellacuría en el campo de la filosofía y representa por su calidad y por su contenido una pieza clave para comprender no solamente su producción estrictamente filosófica, sino también su pensamiento teológico y socio-político. La elaboración de este libro, en el cual Ellacuría trabajaba desde los años setenta, había determinado el contenido no solamente de muchos de sus cursos en la Universidad Centroamericana "José Simón Cañas" (UCA) de San Salvador, sino también de varias de sus colaboraciones ocasionales con universidades europeas.

Fruto de estos cursos son varios cuadernos mecanografiados que, como material académico, fueron publicados por la imprenta de la UCA en 1984. Sin embargo, nos consta que, según su proyecto, el libro habría de haber abarcado varios capítulos además de los cuatro contenidos en estos cuadernos. Todavía en 1987, Ellacuría dictó un curso en San Salvador sobre "El sujeto de la historia", destinado a continuar lo hasta entonces publicado y del que por desgracia solamente llegó a elaborar unos sucintos "esquemas de clase". Otros dos capítulos, uno sobre "el sentido de la historia" y otro sobre "la praxis histórica de liberación" no llegarían nunca a ser escritos. El brutal asesinato de Ellacuría y de sus cinco compañeros por una unidad del ejército ha puesto un trágico punto final a un proyecto intelectual que pretendía ofrecer una interesante interpretación, desde una perspectiva latinoamericana, del pensamiento de Xavier Zubiri, filósofo vasco de quien Ellacuría fue el más estrecho colaborador.

reconstrucción del aparato crítico, el cual se había extraviado aún en vida del autor y que tras su muerte hay que dar definitivamente por perdido. En esta reconstrucción se ha seguido el criterio de mantener los textos de autores extranjeros en su lengua original, cuando Ellacuría así los cita, ofreciendo en la respectiva nota una traducción. Solamente se han reconstruido aquellas notas que el autor proporcionaba en su aparato crítico original, dejando por ello sin referencia las restantes (muy pocos) textos. Para facilitar el uso de este aparato crítico ofrecemos tras este prólogo una lista de las abreviaturas utilizadas en el mismo.

No me resta más que dar las gracias a la Fundación Xavier Zubiri de Madrid y a la Universidad Centroamericana "José Simón Cañas" de San Salvador por el apoyo que me han prestado para llevar a cabo la presente edición. También quiero agradecer a Francisco José Ruiz y a Josep Giménez su calificada colaboración.

Ojalá que el estudio de este libro sirva para estimular entre los lectores un pensamiento y una praxis al servicio de aquellos por quienes el autor dio su vida.

Antonio González.
↓
Autor

9
12

Los prólogos, introducciones, estudios introductorios, etc., son escritos cuya autoría puede ser distinta a la autoría del libro. Pueden llevar, además, un título propio. En este caso, el autor de la obra *Filosofía de la realidad histórica* es Ignacio Ellacuría, pero el autor del Prólogo es Antonio González. Es común que la autoría de estos escritos aparezca hasta su final, como es en este caso; pero en ocasiones también aparece debajo del título del escrito.

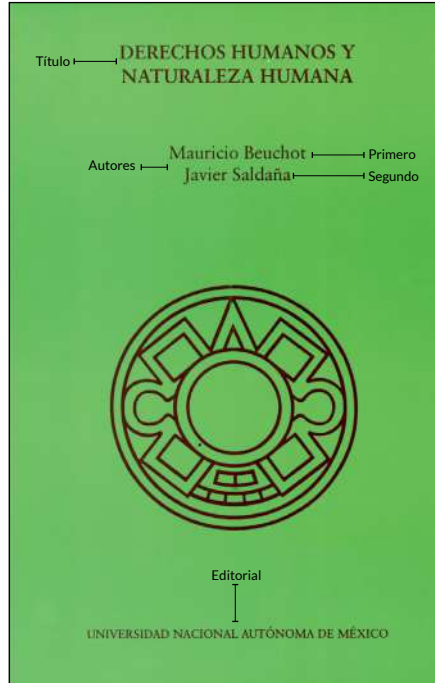
4.2. Libro de coautoría

Se considera un libro en coautoría cuando es una obra escrita en conjunto, en su totalidad, por los autores mencionados. Es importante distinguir la coautoría a las colaboraciones, que es el caso de los libros colectivos que más adelante se analizarán.

El libro en coautoría se obtienen los mismos elementos que en un libro de autoría única, pero lo que cambia es que hay más de un autor. Es importante tomar en cuenta el orden en que aparecen los autores, pues eso marca quien es el primer autor, segundo autor, tercer autor, etc. Una forma de darse cuenta que hay coautoría es que los nombres aparecen sin

estar acompañados de ninguna referencia como editores, coordinadores, compiladores.

Portada externa



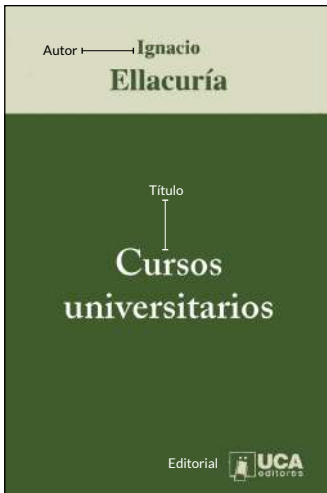
4.3. Libro de obras reunidas

Un libro de autoría única puede estar formado por un conjunto de trabajos del autor que fueron publicados o pensados de manera independiente entre ellos. Estos libros pueden llevar títulos o subtítulos como *Obras completas*, *Obras reunidas*, *Cursos*, *Compilación*, *Selección*, etc. Es importante detectar este tipo de obras, pues lo más correcto es realizar la referencia a partir de cada uno de los artículos que componen el libro. Por lo que, además de los elementos de todo libro, hay que ubicar el título de cada artículo.

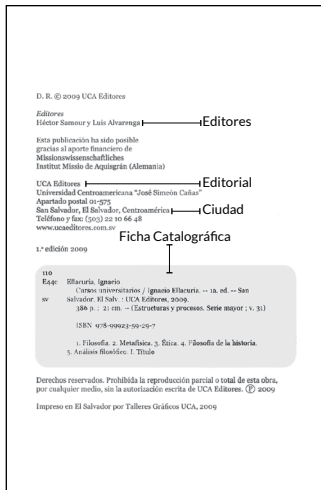
Es común que exista una persona, diferente al autor, que aparezca como editor. Ella es quien realizó el trabajo de revisión y compilación de la obra.

Además, también es frecuente que cada artículo lleve una referencia, ya sea al inicio del texto o a nota a pie de página, en que se explique el origen del texto, ya sea que se haya publicado con anterioridad o que sea inédito.

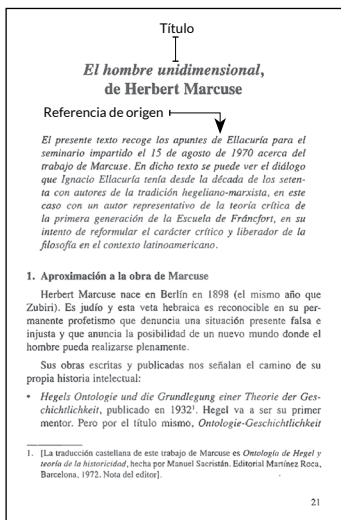
Portada externa



Página legal



Página inicial de un artículo



En este ejemplo destaca la existencia de la **ficha catalográfica**, que cada vez es más común en los libros. Aparece en la página legal y contiene los elementos necesarios para hacer la cita, con lo que se evita buscarlos en las diferentes páginas.

4.4. Libro colectivo

Un libro colectivo es aquel en que cada capítulo es de autoría diferente, y existe uno o varios coordinadores, compiladores, editores o directores de la obra. Además de los elementos de un libro, para crear la referencia a este tipo de obras hay que ubicar:

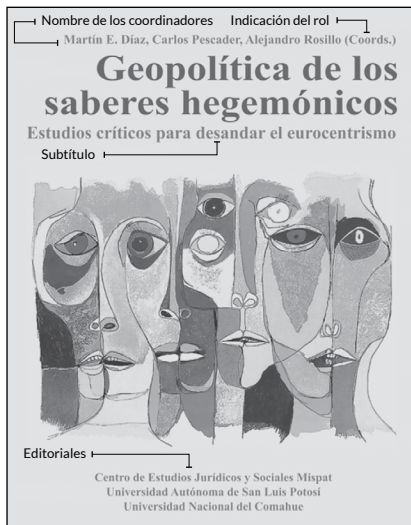
- a) Título del capítulo que se desea citar. En estas obras, se cita a partir de cada uno de los capítulos.
- b) Autor del capítulo que se desea citar.
- c) Coordinador o coordinadores de la obra. También se le puede llamar compilador, editor o director. Su nombre suele aparecer en la portada del libro, acompañado de su rol, en ocasiones, entre paréntesis y abreviado (Ed.), (Coord.), (Dir.), (Comp.)
- d) Número de la página inicial y la página final del artículo a referir. (véase ejemplo en la página siguiente)

4.5. Artículos

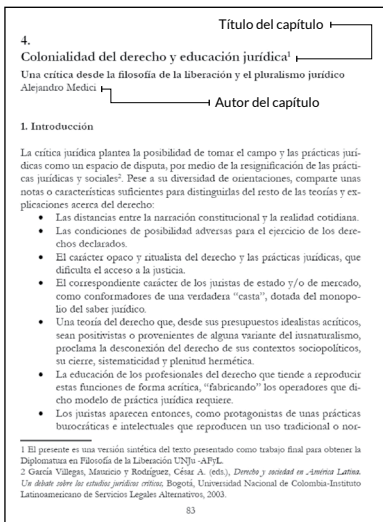
Un artículo es una investigación que se presenta en una revista, entendida ésta como una publicación periódica, ya sea de manera semanal, quincenal, mensual, bimestral, trimestral, cuatrimestral, semestral o anual. Por lo tanto, a diferencia de los libros, la revista es una publicación que va numerada.

La numeración de las revistas puede variar. Lo más común es que se divida por volumen y número, o por número de año de publicación y número. En algunas revistas, la numeración es continua desde el primer número hasta el más reciente; en otras, cada año o cada volumen la numeración reinicia desde uno. Además, se añade el año, y también el periodo de la publicación, lo que indica la periodicidad de la revista. Algunos ejemplos se pueden observar en el cuadro de la página siguiente.

Portada exterior



Página inicial del artículo a citar



Numeración	Significado
Año XII, número 2, febrero 2020	La revista se ha publicado por doce años, su numeración reinicia cada año, por lo que éste es el segundo número del año doce, que corresponde al mes de febrero de 2020. Por lo que, se asume, que la revista es mensual, a menos que en la página legal de la revista se señale otra cosa.
V. 12, N. 3, 2021	La revista ha publicado 12 volúmenes (lo normal es que un volumen es compuesto por los números publicados durante un año). Se trata del tercer número del año 2021.
Año X, número 20, julio-diciembre 2021	La revista se ha publicado por diez años, su numeración es continua, por lo que éste es número 20 en total, que corresponde al semestre julio-diciembre del año 2021. Por lo que, se asume, que la revista es semestral.

A diferencia de los libros, el número identificador de las revistas no es el ISBN, sino el ISSN. Éste es el *International Standard Serial Number*, o el Número Internacional Normalizado de Publicaciones Seriadadas, en español. Se trata de un número internacional que identifica de manera única una publicación seriada. Se compone por ocho dígitos, divididos en dos grupos de cuatro. Por ejemplo: 1390-8081

En diversas revistas electrónicas, se ha ido incluyendo el número DOI, que significa *Digital Object Identifier*, o Identificador de Objeto Digital, en español. Su importancia recae en que se puede identificar el artículo sin importar su enlace, ya que, si éste se modifica, el DOI permanece idéntico. Por ejemplo, un DOI sería un número como este: <https://doi.org/10.18272/ii.v26i26>

Los elementos a identificar en esta fuente de investigación son:

- a) Nombre del autor del artículo
- b) Título de la revista
- c) Subtítulo de la revista
- d) Editorial
- e) Ciudad
- f) Seriación de la revista
- g) Año de edición
- h) Página inicial y final del artículo.
- i) Enlace o DOI, en caso de revista en línea.

Estos datos se encuentran en las primeras páginas de la revista, en la ficha catalográfica, en caso de tener, o en la primera página de cada artículo. Sobre esto último, es importante destacar que uno de los requisitos actuales que se solicitan a las revistas académicas y de investigación es precisamente que deben colocar en alguna parte de la primera página de cada artículo, los datos completos de la revista. Esto con la finalidad de que si el artículo se distribuye o reproduce de manera independiente, no se pierda su ubicación dentro de la revista. Lo mismo sucede con las revistas electrónicas, donde suelen ser distribuidas a través del ejemplar completo o por cada uno de los artículos.

Revista impresa

Portada exterior

Nombre de la revista Número de la revista y año

Estado & comunes

Revista de políticas y problemas públicos

Número ISSN

Título de la revista

AMÉRICA LATINA CRISIS ECONÓMICA Y RECOMPOSICIÓN DE LA INTEGRACIÓN REGIONAL

Tema central **coyuntura**

Avances y límites teóricos de la integración económica latinoamericana: el dilema para indisciplinables camiones de la complejidad/interdisciplinación productiva

Retos: sobre la difícil relación entre los acuerdos de libre comercio e innovación tecnológica y multilateralidad y los derechos humanos

*Tecnologías para la integración: avances sobre tres experimentos de gobiernos electrónicos**

*Regulaciones e integración americana: análisis de la Unión**

Paradigmas e implicaciones teóricas de la sanción/aplicación de los parámetros en los procesos de regionalización de América del Sur

Alto nivel y séptimo región: la relación económica entre China y Latinoamérica y el Caribe

Impactos estatales en Uruguay de la firma de un tratado de libre comercio entre el Mercosur y China

El Brasil y la reconfiguración de la integración económica latinoamericana para Ecuador

Buen Vivir, sostenibilidad y bienes comunes: el contexto ecuatoriano y mundial

Mudar étnico y étnico pluricultural en Cuba: genealogías después del 192

Crisis en la frontera colombiano-venezolana: tensión entre seguridad nacional e integración regional

Entrevista

Crisis, cambios y regionalización: Regimiento en América Latina
Enriquez Alfredo Méndez

Editorial

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

Portada interior

Nombre de la revista

Estado & comunes

Revista de políticas y problemas públicos

N.º 4, volumen 1, enero de 2017
ISSN impresa: 1390-8081
ISSN electrónico: 2477-9245
Issue 4, volume 1, January, 2017
Quito-Ecuador

ISSN, número y año de la revista

Editorial

INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

Página legal

Estado & comunes
Revista de políticas y problemas públicos
N.º 4, enero 2017
ISSN impreso: 1390-8081
ISSN electrónico: 2477-9245
CDD 320.900866
Issue 4, January, 2017
Quito-Ecuador

Indicador de la periodicidad

Estado & comunes es una publicación semestral del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), orientada al debate académico sobre las políticas y problemas públicos desde una perspectiva plural, interdisciplinaria e internacional.

© IAEN, Ecuador
Código postal: 1713-219
Dirección: Av. Amazonas N37-137 y Villalonga, eqg
www.editorial.iaen.edu.ec
Teléfono: +593-2-3829900

Dirección editorial: Miguel Romero Flores
Corrección de estilo: David Chocari Herrera
Diagramación y portada: Gabriel Cisneros Venegas
Asistencia editorial: Cristina Silva Villamar
Impresión: La Oficina

Ejemplares: 500

Los artículos publicados en la revista son de responsabilidad exclusiva de sus autores; no reflejan necesariamente el pensamiento de Estado & comunes.

Envío de artículos, información, solicitud de cambio de pedidos y distribución: estadoycomunes@iaen.edu.ec

Ficha catalográfica

Estado & Comunes: revista de políticas y problemas públicos. n.º 4. Vol. 1 / Instituto de Altos Estudios Nacionales-IAEN. -- 1.ª ed. -- Quito: Editorial IAEN, 2017. Tapa dura 18 cm x 23 cm, 248 p. Engr.ª. 2017. Semestral. ISSN impreso: 1390-8081 ISSN electrónico: 2477-9245

1. ECONOMÍA 2. INTEGRACIÓN ECONÓMICA 3. COMERCIO 4. BUEN VIVIR 5. NEGOCIOS 6. REGIONALISMO 7. POBLAMIENTO 8. INTEGRACIÓN REGIONAL 9. CRECIMIENTO ECONÓMICO 10. ENTREVISTAS 11. POLÍTICA Y GOBIERNO 12. CHINA 13. AMÉRICA LATINA 14. COLOMBIA 15. ECUADOR 1. Título

CC BY-NC-SA
Esta licencia permite copiar/compartir, distribuir, exhibir y comentar públicamente la obra, y hacer obras derivadas.

Página inicial del artículo

Título del artículo

Buen Vivir, sostenibilidad y bienes comunes: el contexto ecuatoriano y mundial

Good Living, sustainability and the Commons: an Ecuadorian and an international context

Autor: Nicholas Anastasiopoulos

Diccionario de la Universidad Técnica Nacional de Armenia
Correo electrónico: urbandispositivos@gmail.com

Tanto traducido de inglés a español por Ana Cristina Benítez
Recibido: 16-septiembre-2016. Aceptado: 17-noviembre-2016.

Resumen

Tanto la sostenibilidad como el Buen Vivir son términos relativamente nuevos y de uso reciente, más bien abstractos, que se pretan para análisis críticos y, a menudo, a varias interpretaciones y malentendidos, ya que abordan diversas facetas de la vida, como la economía, el ambiente y la sociedad. La sostenibilidad tiene una aplicabilidad universal mientras que el Buen Vivir es una condición específica pero primordial en la Constitución ecuatoriana.

Este artículo explora los aspectos teóricos y convergencias entre la sostenibilidad y el Buen Vivir y examina los bienes comunes como una categoría que es la base de los principios de estos dos conceptos, desde un ángulo que aborda el espacio y las relaciones sociales. Se argumenta que los conceptos de comunidad, así como la relación con la naturaleza que ofrece un bien común, son los medios para lograr la sostenibilidad y el Buen Vivir.

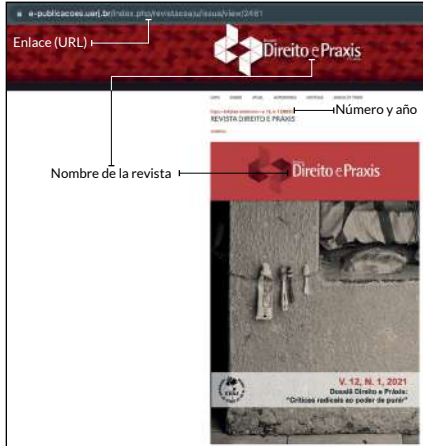
Palabras claves: sostenibilidad, Buen Vivir, Samuel Kaway, bienes comunes, comunidades, urbanización, teorías contemporáneas.

1 Este artículo representa aspectos de un período de indagación científica de raras masas del autor en Ecuador en condición de investigador del Instituto de Altos Estudios Nacionales dentro del programa Doctorado de Semestre del año 2014. La investigación que se somete a esta revista es la sostenibilidad-Buen Vivir bienes comunes. La sostenibilidad debería ser entendida como un concepto de carácter más amplio que el de equilibrio-FFCM-Socio-Econ. Libre. Que Kaway, del IAEN y el estudio independiente en un libro publicado. El autor agradece a la Secretaría por haberle dado la oportunidad de estar a cargo de la investigación en Ecuador mediante el Programa Nacional de Investigación Promotiva. También agradece a Michel Beaumes, coordinador del proyecto-FFCM-Socio-Econ con su equipo, así como a Freddy Alvarez y Angela Espinosa por su apoyo e inspiración.

Estado & comunes. Revista de políticas y problemas públicos. N.º 4, Quito, enero 2017, pp. 99-135.
© Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), de Ecuador.
ISSN impreso: 1390-8081 | ISSN electrónico: 2477-9245

Datos de la revista

Portal de la revista **Revista en línea** Índice de la revista



<p>Capa = Edições anteriores > v. 12, n. 1 (2021)</p> <p>REVISTA DIREITO E PRÁXIS</p> <p>Seção de artigos inéditos</p> <p>Resenhas, Traduções, Dossier "Críticas radicais ao poder de punir"</p> <p>Imagem por Thyays Fernandes da Conceição: "Unidade de Atendimento Inicial do sistema socioeducativo (Uai), desativada em 2014 após uma série de denúncias dos órgãos de Direitos Humanos em Vitória-ES."</p> <p>Sumário</p> <p>Apresentação</p> <p>Apresentação / Editorial - V.12, N.1, 2021</p> <p>Revista Direito e Práxis, Laboratório de Críticas e Alternativas à Prisão</p> <p>Artigos</p> <p>Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano / Anticolonial Genesis of Latin American Constitutionalism</p> <p>Carlos Frederico Marés de Souza Filho</p> <p>A teoria dos dois demônios: resistências ao processo brasileiro de justiça de transição/The two demons theory: resistances to the Brazilian transitional justice process</p> <p>David Barbosa de Oliveira, Ulisses Levy Silveiro dos Reis</p> <p>Podrá o direito ser decolonial? / Could the law be decolonial?</p> <p>David Francisco Lopes Gomes, Rayann K. Massahud de Carvalho</p> <p>A emergência do novo coronavírus e a "lei de quarentena" no Brasil / The emergency of the new coronavirus and the "quarantine law" in Brazil</p> <p>Deisy de Freitas Lima Ventura, Fernando Mussa Abujamra Aith, Danielle Hanna Rached</p> <p>Linguagem e interpretação de textos jurídicos: estudo comparado entre realismos jurídicos / Language, legal texts and legal interpretation: notes for a comparative study between legal realisms</p> <p>Eduardo Carlos Bianca Sittler</p>	<p>Numeración y año</p> <p>Nombre de la revista</p> <p>Índice</p> <p>POF POF ESPAÑOL (ESPAÑOL) POF (ENGLISH) 1-15</p> <p>POF PRAXIS EM VIDEO 16-47</p> <p>POF 48-76</p> <p>POF 77-101</p> <p>POF (ENGLISH) 102-138</p> <p>POF PRAXIS EM VIDEO 139-167</p>
---	--

Ingreso al artículo

Capa > v. 12, n. 1 (2021) > Souza Filho

Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano / Anticolonial Genesis of Latin American Constitutionalism

Carlos Frederico Marés de Souza Filho

Resumo

DOI: 10.1590/2179-8966/2019/43751

Resumo

Este artigo analisa o constitucionalismo latino-americano e seu caráter anticolonial no nascedouro dos Estados Nacionais do continente. Para tanto, busca descrever as contradições sociais existentes no momento das independências, no começo do século XIX. Estuda o caráter do constitucionalismo latino-americano, utilizando exemplos das repúblicas do Haiti e do Paraguai e conclui com as dificuldades de sua implantação, que se mantêm até hoje.

Palavras-chave: Constitucionalismo latino-americano; Haiti; Paraguai; Anticolonialismo.

Abstract

This article analyze Latin American constitutionalism and its anticolonial character in the birth of the continent's national states. For that seek to describe the existing social contradictions at the time of independence, the early nineteenth century. Article studies the character of Latin American constitutionalism using examples from the Republics of Haiti and Paraguay and conclude with the difficulties of its implementation, which continues to this day.

Keywords: Latin American constitutionalism; Haiti; Paraguay; Anticolonialism.

Palavras-chave

Constitucionalismo latino-americano; Haiti; Paraguai; Anticolonialismo / Latin American constitutionalism; Haiti; Paraguay; Anticolonialism.

Texto completo:

POF PRAXIS EM VIDEO

Primera página del artículo

16

Direito e Práxis

Título del artículo

Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano

Anticolonial Genesis of Latin American Constitutionalism

Carlos Frederico Marés de Souza Filho¹ **Autor**

¹ Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: carlosmarés@terra.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6529-9058>.

Artigo recebido em 02/07/2019 e aceito em 11/10/2019.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Información de la revista y del artículo, incluyendo el DOI

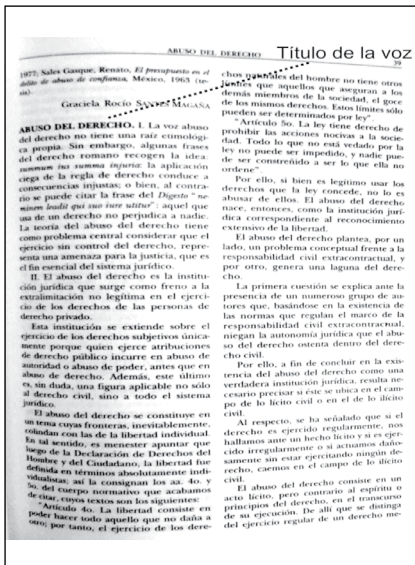
Rev. Direito & Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 12, N. 01, 2021, p. 16-47
Carlos Frederico Marés de Souza Filho
DOI: 10.1590/2179-8966/2019/43751 | ISSN: 2179-4367

4.6. Diccionarios y enciclopedias

El diccionario y la enciclopedia tienen normalmente las mismas secciones que un libro, y es común que vengán divididos en tomos o volúmenes. Hay que tomar en cuenta que, en ocasiones, el autor de la “voz” o “palabra” se coloca al final del texto y no inmediatamente después del título, como es en los capítulos de libros colectivos y en los artículos.

Primera página de la voz

Última página de la voz



5. Sistemas a nota a pie de página

Como se explicó al inicio de este capítulo, una diferencia básica de los sistemas de citación es dónde se coloca la referencia: si en el cuerpo del texto o a nota a pie de página. En esta sección, se explicarán los dos sistemas más conocidos que utilizan las notas a pie de página, es decir, el sistema latino y el sistema chicago.

5.1. El sistema latino

El sistema latino, también conocido como clásico, realiza las citas a nota a pie de página y además utiliza una serie de locuciones y abreviaturas latinas. Una de sus características más distintivas consiste en las reglas que establece para el uso repetitivo de las fuentes, como se verá a continuación.

Las citas se colocan a través de notas a pie de página¹, ubicando el superíndice al final de la cita directa o indirecta. Cuando es la primera vez que se cita la fuente, se debe poner completa, concluyendo con la o las páginas que son referidas. Por ejemplo,

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone – o se pretende imponer– a la sociedad entera.⁸

⁸ Cfr. Franz Hinkelammert, *El sujeto y la ley*, EUNA, Heredia, 2005, p. 19

En este ejemplo se está citando un libro de autoría única. La cita es indirecta o paráfrasis, por lo que, en el sistema latino, se inicia con la abreviatura Cfr., que significa confróntese. También puede utilizarse la palabra Véase.

Por otro lado, como puede verse, el orden que se ha usado es en primer lugar el nombre del autor y después su apellido. Al respecto, en el sistema latino existen dos posibilidades:

- a) En las citas a pie de página, colocar al autor iniciando por el nombre y seguido por el apellido, sin ninguna coma que los separe (Franz Hinkelammert). Y en la sección final, al realizar el listado de las fuentes

1. Los procesadores de palabra que son parte de los conjuntos de software de oficina (Microsoft Office, Open Office, Libre Office, Only Office, Free Office, etc.), tienen la función de insertar notas a pie de página, colocando el superíndice correspondiente y abriendo el espacio respectivo al final de la página.

de investigación, se coloca primero el apellido y después el nombre, separados por una coma (Hinkelammert, Franz).

- b) Realizar el mismo orden en ambos lugares, colocando primero el apellido del autor y luego el nombre (Hinkelammert, Franz), separados por una coma.

Las dos formas son válidas, pero no es posible combinarlas; se debe utilizar en toda la investigación el mismo acomodo. Es de destacar que la cita en la sección de fuentes de información, siempre deberá iniciar con el apellido, ya que el acomodo se realiza alfabéticamente en función de éste. El número de la página va precedido por “p.” o por “pp.”, si se trata de un conjunto de páginas. Por ejemplo, p. 25, pp. 25-30.

Una vez que ya se citó la fuente, las siguientes veces que se haga referencia a ella, se deben utilizar las siguientes reglas.

- a) Repetición ininterrumpida de la misma obra en la misma página: cuando la misma fuente se cita de nuevo, en la misma página, sin que de por medio se haya utilizado otra obra, se utiliza la locución latina *Ídem*. Por ejemplo:

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone — o se pretende imponer— a la sociedad entera.⁸ Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.”⁹

⁸ Cfr. Franz Hinkelammert, *El sujeto y la ley*, EUNA, Heredia, 2005, p. 19

⁹ *Ídem*.

En este ejemplo, la cita número 9 repite la información de la anterior inmediata (número 8), incluyendo la misma página. Por lo tanto, basta con poner la alocución *Ídem.*, en letra cursiva por tratarse de latín. Como esta cita es directa o textual, no se inicia con Cfr., como sucede con la cita 8.

- b) Repetición ininterrumpida de la misma obra en página diferente: cuando la misma fuente se cita de nuevo, de manera inmediata, pero

en una página diferente, se utiliza la locución latina *Ibidem*, seguido de coma y la página respectiva. Por ejemplo:

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone – o se pretende imponer– a la sociedad entera.⁸ Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.”⁹

Por eso un sujeto práctico o actuante no es suficiente. El concepto de “acción racional” formulado por Max Weber es el concepto que subyace a la teoría económica neoclásica.¹⁰

⁸ Cfr. Franz Hinkelammert, *El sujeto y la ley*, EUNA, Heredia, 2005, p. 19

⁹ *Idem*.

¹⁰ Cfr. *Ibidem*, p. 33.

En ambos ejemplos es válido usar *Ibidem*, ya que no se ha interrumpido la cadena de citar la misma obra por haber citado una diferente.

Ante esta crisis, Boaventura de Sousa considera que la postura de defender la Modernidad es un laberinto sin salida pues la situación es más compleja, ya que “estamos enfrentando diversos problemas modernos para los cuales no existen soluciones modernas”.¹¹ En este sentido, la teoría crítica de la Escuela de Frankfurt tiene su principal limitación en no haber reconocido que “la razón que critica no puede ser la misma que la razón que piensa, que construye y que legitima aquello que resulta criticable”.¹²

¹¹ Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005, p. 104.

¹² *Ibidem*, p. 105.

- c) Repetición interrumpida de una obra: si la obra ya fue citada, pero no en la cita inmediata anterior, entonces se utiliza la abreviatura *op. cit.*, en cursivas, pues proviene del latín *opus citatum* (obra citada). Se inicia con el autor, la abreviatura *op. cit.*, y la página o las páginas respectivas. Por ejemplo:

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone – o se pretende imponer– a la sociedad entera.⁸ Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.”⁹

La recuperación del sujeto vivo, como ser corporal y natural, desde cuya racionalidad se fundamenta una ética de la vida y de responsabilidad por la víctima, no debe entenderse como una nueva versión de naturalismo, que pueda someterse a la crítica de la “falacia naturalista”. En este sentido, Dussel señala que dicha falacia enarbolada por David Hume, pero reinterpretada por autores como Frege y Russell, se sitúa en un plano exclusivamente lógico-formal.¹⁰

A la par de esta teoría de la acción racional aparecen las justificaciones de la competitividad como valor supremo. El ejemplo más claro es la teoría enarbolada por Adam Smith, según la cual la competencia produce de forma no intencional la armonía social y realiza el interés general; es la famosa “mano invisible” que coordina las actividades productivas y realiza mediante esta coordinación el bien común. Hinkelammert resume esta tesis así: “lo racionalizado no produce irracionalidades”.¹¹

⁸ Cfr. Franz Hinkelammert, *El sujeto y la ley*, EUNA, Heredia, 2005, p. 19

⁹ *Ídem*.

¹⁰ Enrique Dussel, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998, p. 137.

¹¹ Franz Hinkelammert, *op. cit.*, p. 35.

Ahora bien, la anterior regla es útil siempre y cuando sólo se ha utilizado una obra del autor, pero no funcionaría cuando del mismo autor se han citado dos o más obras. Piénsese, por ejemplo, que en la cita número 50 se encuentra “Francisco Guerrero, *op. cit.*, p. 23”, pero anteriormente se han citado dos obras distintas de este autor; entonces se generaría una confusión, pues el lector no sabría a cuál de las dos obras se refiere. En efecto, en este caso, se tendría que citar también el título de la obra, quedando, por ejemplo, “Francisco Guerrero, *La guerra de independencia, op. cit.*, p. 23”, y así se evitaría la confusión.

En el ejemplo, en las citas 8 y 9 se refieren dos obras distintas de Franz Hinkelammert, y en la cita 12 se vuelve a citar una de ellas. En este caso, no sería suficiente poner solo *op. cit.*, sino que se debe también poner el título de la obra referida para evitar confusiones.

No se trata de jerarquizar a los “sujetos”, sino que hablamos de un “sujeto trifásico”, por decirlo de alguna forma; un sujeto que es parte de la fundamentación de derechos humanos desde el pensamiento de la liberación. Es decir, para que el sujeto de derechos humanos realmente sea tal, debe ser alternamente un sujeto vivo, intersubjetivo y práxico.⁸

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone –o se pretende imponer– a la sociedad entera.⁹ Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.”¹⁰

La recuperación del sujeto vivo, como ser corporal y natural, desde cuya racionalidad se fundamenta una ética de la vida y de responsabilidad por la víctima, no debe entenderse como una nueva versión de naturalismo, que pueda someterse a la crítica de la “falacia naturalista”. En este sentido, Dussel señala que dicha falacia enarbolada por David Hume, pero reinterpretada por autores como Frege y Russell, se sitúa en un plano exclusivamente lógico-formal.¹¹

A la par de esta teoría de la acción racional aparecen las justificaciones de la competitividad como valor supremo. El ejemplo más claro es la teoría enarbolada por Adam Smith, según la cual la competencia produce de forma no intencional la armonía social y realiza el interés general; es la famosa “mano invisible” que coordina las actividades productivas y realiza mediante esta coordinación el bien común. Hinkelammert resume esta tesis así: “lo racionalizado no produce irracionalidades”.¹²

⁸ Cfr. Franz Hinkelammert, *Crítica de la razón utópica*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2002, p. 23.

⁹ Cfr. Franz Hinkelammert, *El sujeto y la ley*, EUNA, Heredia, 2005, p. 19.

¹⁰ *Ídem*.

¹¹ Enrique Dussel, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Trotta, Madrid, 1998, p. 137.

¹² Franz Hinkelammert, *El sujeto y la ley*, *op. cit.*, p. 35.

5.2. El sistema Chicago

Existen dos versiones del sistema Chicago: el nota-bibliografía, y el autor-fecha. En este capítulo abordaremos el primero, es decir, el nota-bibliografía, pues es el que se caracteriza por colocar las citas a nota a pie de página. El otro, el autor-fecha, es semejante a los otros sistemas, por lo que no lo abordaremos a profundidad.

Al igual que en el sistema latino, la referencia a la fuente se realiza de manera completa cuando es la primera vez. No obstante, el orden de los elementos y los signos que se utilizan, son diferentes. Por ejemplo:

Ante esta crisis, Boaventura de Sousa considera que la postura de defender la Modernidad es un laberinto sin salida pues la situación es más compleja, ya que “estamos enfrentando diversos problemas modernos para los cuales no existen soluciones modernas”.¹⁸

¹⁸ Boaventura de Sousa Santos, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política* (Madrid: Trotta, 2005), 104.

Cuando la fuente se repite, basta con colocar el apellido del autor, la primera o las primeras palabras del título de la obra, tres puntos, y el número de página. Por ejemplo:

No se trata de jerarquizar a los “sujetos”, sino que hablamos de un “sujeto trifásico”, por decirlo de alguna forma: un sujeto que es parte de la fundamentación de derechos humanos desde el pensamiento de la liberación. Es decir, para que el sujeto de derechos humanos realmente sea tal, debe ser alternamente un sujeto vivo, intersubjetivo y práxico.¹³

El sujeto vivo evita que el sujeto de la praxis quede tan sólo en un sujeto *pragmatista* que aplica la razón instrumental en función del cálculo de utilidad. Esta es una forma de ejercer la razón que hace imposible la reproducción de vida, pues a la larga significa el suicidio. Hinkelammert señala que entre los siglos XIV al XVI, en los inicios de la Modernidad, la racionalidad medio-fin, que es la racionalidad concebida a partir del individuo y se caracteriza por ser la racionalidad económica hegemónica, se impone –o se pretende imponer– a la sociedad entera.¹⁴ Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.”¹⁵

La recuperación del sujeto vivo, como ser corporal y natural, desde cuya racionalidad se fundamenta una ética de la vida y de responsabilidad por la víctima, no debe entenderse como una nueva versión de naturalismo, que pueda someterse a la crítica de la “falacia naturalista”. En este sentido, Dussel señala que dicha falacia enarbolada por David Hume, pero reinterpretada por autores como Frege y Russell, se sitúa en un plano exclusivamente lógico-formal.¹⁶

A la par de esta teoría de la acción racional aparecen las justificaciones de la competitividad como valor supremo. El ejemplo más claro es la teoría enarbolada por Adam Smith, según la cual la competencia produce de forma no intencional la armonía social y realiza el interés general; es la famosa “mano invisible” que coordina las actividades productivas y realiza mediante esta coordinación el bien común. Hinkelammert resume esta tesis así: “lo racionalizado no produce irracionalidades”.¹⁷

¹³ Franz Hinkelammert, *Crítica de la razón utópica* (Bilbao: Desclée de Brouwer, 2002), 23.

¹⁴ Franz Hinkelammert, *El sujeto y la ley* (Heredia: EUNA, 2005), 19.

¹⁵ Hinkelammert, *El sujeto...*, 19.

¹⁶ Enrique Dussel, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión* (Madrid: Trotta, 1998), 137.

¹⁷ Hinkelammert, *El sujeto...*, 35.

En este sistema no se usa la “p.” para indicar la página; simplemente se coloca después de la coma.

6. Sistemas a cuerpo de texto

Los sistemas de cita a cuerpo de texto, que también se les suele conocer como sistemas autor-año, se caracterizan por no usar nota a pie de página. La referencia se realiza dentro del mismo cuerpo del texto, tomando como elementos básicos el apellido del autor, el año de la publicación y, si es necesario sobre todo al ser una cita textual, el número de la página respectiva. En esto, coinciden los sistemas APA, Harvard e ISO690.

Si es cita textual, con mención previa del autor:

Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso, señala Hinkelammert (2002) es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.” (p. 23)

Si es cita textual, sin mención previa del autor:

Es una racionalidad que atenta contra la vida y niega derechos humanos, y por eso es “la irracionalidad de lo racionalizado, que es, a la vez la ineficiencia de la eficiencia.” (Hinkelammert, 2002, p. 23)

Si es cita indirecta, con mención a páginas:

En este sentido, Dussel señala que dicha falacia enarbolada por David Hume, pero reinterpretada por autores como Frege y Russell, se sitúa en un plano exclusivamente lógico-formal (Dussel, 1998, p. 137)

Si es cita indirecta, sin mención a páginas específicas, porque la síntesis se refiere a la obra en general:

Como se sabe, sobre todo en epistemología, se habla de un giro cuando se introduce algún supuesto que cambia de manera radical la manera de generar el conocimiento. Así, por poner los ejemplos más conocidos, se habla del giro hermenéutico (Gadamer, 2007).

Si hay dos autores en la cita:

De este esfuerzo por relacionar la producción filosófica (iusfilosófica en nuestro caso) con las situaciones en las que se produce –dando primacía a la perspectiva de las víctimas de los sistemas, a los oprimidos y a los pobres– se ha llegado a considerar que realizar este tipo de historiografía es ya hacer en sí mismo filosofía y, en especial, una filosofía latinoamericana que ayuda a recuperar y no negar su propio pasado (Cerutti y Magallón, 2003).

Si hay más de dos autores en la cita, se coloca el primer autor seguido de et al. (en cursivas):

El “giro pragmático”, donde se pone énfasis en que el ser humano realiza conocimiento con fines prácticos, es decir, para lograr modificar la realidad (Cabanchik *et al.*)

Los elementos completos de la referencia se dejan para la sección final, de la manera en que se explicará en el siguiente punto.

7. La formación de la cita según el tipo de fuente

A continuación, se explicará cómo se forma la referencia en la parte final de la investigación, en la sección de “fuentes de investigación” o “bibliografía general”. Para esto, téngase en cuenta la explicación que en apartados anteriores se dio sobre los elementos que conforman las citas.

7.1. Sistema latino

Libro de autoría única

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, <i>Título de libro. Subtítulo</i> , Editorial, Ciudad, Año.
Ejemplo sin subtítulo	Cassirer, Ernst, <i>Kant, vida y doctrina</i> , Fondo de Cultura Económica, México, 2003.
Ejemplo con subtítulo	Negri, Antonio, <i>Goodbye Mr. Socialism. La crisis de la izquierda y los nuevos movimientos revolucionarios</i> , Paidós, Barcelona, 2007.

Libro de coautoría

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre y Apellido, Nombre, <i>Título de libro. Subtítulo</i> , Editorial, Ciudad, Año.
Ejemplo con dos autores	Beuchot, Mauricio y Saldaña, Javier, <i>Derechos humanos y naturaleza humana</i> , UNAM, México, 2000.
Ejemplo con más de dos autores	Machado, Lucas <i>et al.</i> , <i>Pluralismo jurídico en el proceso constituyente boliviano</i> , CENEJUS, Aguascalientes, 2020.

Algunas variantes aplicables a los libros

Estas variantes se aplican tanto a libros de autoría única como en libros de coautoría.

Libro con traductor

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, <i>Título de libro. Subtítulo</i> , Trad. Nombre apellido del traductor, Editorial, Ciudad, Año.
Ejemplo	Cassirer, Ernst, <i>Kant, vida y doctrina</i> , Trad. Wenceslao Rosas, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

Libro con editor

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, <i>Título de libro. Subtítulo</i> , Nombre del editor seguido por (Ed.), Editorial, Ciudad, Año.
Ejemplo	Ellacuría, Ignacio, <i>Cursos universitarios</i> , Héctor Samour y Luis Alvarenga (Eds.), UCA Editores, San Salvador, 2009.

Libro dividido en tomos

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, <i>Título de libro. Subtítulo</i> , Tomo no. del tomo, Editorial, Ciudad, Año.
Ejemplo sin traductor	Gadamer, Hans-Georg, <i>Verdad y método</i> , Tomo II, Sígueme, Salamanca, 1992.
Ejemplo con traductor	Gadamer, Hans-Georg, <i>Verdad y método</i> , Tomo II, Trad. Manuel Olasagasti, Sígueme, Salamanca, 1992.

Capítulo de libro colectivo

Recuérdese que los libros colectivos se refieren a partir de cada capítulo. Además, las reglas señaladas para la cita de los libros, también se aplica en estos casos.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título del capítulo”, en Nombre del coordinador, compilador o editor del libro (la abreviatura Coord., Comp. o Ed., según sea el caso), <i>Título de libro. Subtítulo</i> , Editorial, Ciudad, Año, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo.
Ejemplo	Quijano, Aníbal, “Colonialidad del poder. Cultura y conocimiento en América Latina”, en Walter D. Mignolo (Comp.), <i>Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo</i> , Ediciones del Signo, Buenos Aires, 2001, pp. 117-131.

Ejemplo con varios coordinadores	Burgos, Mylai, “Los derechos colectivos de los pueblos indígenas desde el pluralismo intercultural y la interlegalidad” en Martín E. Díaz <i>et al.</i> (Coords.), <i>Geopolítica de los saberes hegemónicos. Estudios críticos para desandar el eurocentrismo</i> , CENEJUS, Aguascalientes, 2019, pp. 157-180.
Ejemplo con una obra en varios tomos	Reinoso, Andrea, “Somos cuerpo”, en Catherine Walsh (Ed.), <i>Pedagogías decoloniales. Prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir</i> , Tomo II, AbyaYala, Quito, 2017, pp. 537-539.
Ejemplo con traductor	Chomsky, Noam, “Recuperación de los derechos: un camino sinuoso”, en Matthew J. Gibney (Coord.), <i>La globalización de los derechos humanos</i> , Trad. Helena Recassens, Crítica, Barcelona, 2004, pp. 49-86.

Obra que se encuentra en una compilación

Es frecuente que un autor, ya sea por sí mismo o por tercera persona, realice una compilación de obras en uno o varios tomos. Estas compilaciones suelen titularse como “Obras completas”, “Obras reunidas”, “Escritos”, aunque no es una regla general. No obstante, normalmente, se presenta alguna introducción donde se señala que el libro es fruto de una compilación de artículos u obras que el autor realizó en diversos momentos. La forma de citar en estos casos es como si fuera un capítulo de un libro colectivo.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título del capítulo”, en <i>Título de libro. Subtítulo</i> , Editorial, Ciudad, Año, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo.
Ejemplo	Ellacuría, Ignacio, “Antropología de Xavier Zubiri”, en <i>Escritos filosóficos</i> , Tomo II, UCA Editores, San Salvador, 2007, pp. 71-148.

Voz en un diccionario o enciclopedia

Caso en que la voz tenga autor y no exista un coordinador del diccionario.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título de la voz”, en <i>Título del diccionario o enciclopedia</i> . <i>Subtítulo</i> , número del tomo (si lo hay), Trad. Nombre de traductor (en caso que haya) Editorial, Ciudad, Año, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz.
Ejemplo	Lions, Monique, “Amnistía”, en <i>Enciclopedia jurídica mexicana</i> , Tomo I, UNAM-Porrúa, México, 2002, pp. 236-237.

Caso en que la voz tenga autor y exista un coordinador del diccionario.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título de la voz”, en Nombre del coordinador, compilador o editor del libro (la abreviatura Coord., Comp. o Éd., según sea el caso), <i>Título del diccionario o enciclopedia</i> . <i>Subtítulo</i> , Número de tomo (si lo hay), Trad. Nombre de traductor (en caso que haya), Editorial, Ciudad, Año, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz.
Ejemplo	Hanley, Sarah, “La ley sálica”, en Christine Fauré (Dir.), <i>Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América</i> , Trad. Marisa Pérez, Akal, Madrid, 2010, pp. 21-38.

Caso en que el diccionario sea de un solo autor

Elementos, su orden y puntuación	Voz “Título de la voz”, en Nombre del autor, <i>Título del diccionario o enciclopedia</i> . <i>Subtítulo</i> , Número de tomo (si lo hay), Trad. Nombre de traductor (en caso que haya), Editorial, Ciudad, Año, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz.
Ejemplo	Voz “Ecología”, en Rafael Martínez, <i>Diccionario jurídico. Teórico práctico</i> , IURE Editores, México, 2010, pp. 336-338.

Caso en que no exista autores de la voz ni coordinadores del diccionario o enciclopedia

Elementos, su orden y puntuación	Voz “Título de la voz”, en <i>Título del diccionario o enciclopedia</i> . <i>Subtítulo</i> , Número de tomo (si lo hay), Editorial, Ciudad, Año, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz.
Ejemplo	Voz “Hormiga” en <i>Diccionario de la lengua española</i> . <i>Real Academia Española</i> , Tomo II, Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 1229.

Prólogos, introducciones, estudios previos o prefacios

En caso que se desee citar un prólogo, introducción, estudio previo o prefacio, cuya autoría es distinta a la del autor de la obra, entonces se cita como si fuera el capítulo de una obra colectiva.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título de la introducción”, en Nombre del autor, <i>Título de libro</i> . <i>Subtítulo</i> , Editorial, Ciudad, Año, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo.
Ejemplo	González, Antonio, “Prólogo”, en Ignacio Ellacuría, <i>Filosofía de la realidad histórica</i> , UCA Editores, San Salvador, 1999, pp. 9-12.

Libros con más de una edición

Si el libro tiene más de una edición, se suele colocar el número de edición después del subtítulo o número de tomo. Se coloca el número ordinal abreviado (2da., 3ra., 4ta., etc.) seguido de la abreviatura “ed.”. Esto aplica tanto para libros de autoría o coautoría, libros colectivos, y diccionarios o enciclopedias.

Ejemplo de libro de autoría	Gadamer, Hans-Georg, <i>Verdad y método</i> , Tomo II, 2da. ed., Sígueme, Salamanca, 1992.
-----------------------------	--

Ejemplo de libro colectivo	Sarrible, Graciela, “Ética y población: pasado y presente”, en María Casado (Ed.), <i>Bioética, derecho y sociedad</i> , 2da. ed., Trotta, Madrid, 2015, pp. 259- 274.
Ejemplo de diccionario	Voz “Hormiga” en <i>Diccionario de la lengua española. Real Academia Española</i> , Tomo II, 22va. ed., Espasa Calpe, Madrid, 2001, p. 1229.

Artículos de revista impresa

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título del artículo”, <i>Título de la revista</i> , numeración y periodo de la revista, Editorial (si la hay), Ciudad (si la hay), pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el artículo.
Ejemplo con un autor	Álvarez, Beatriz, “Medidas para evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres imputadas”, <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , año XII, número 24, julio-diciembre 2020, pp. 67-92.
Ejemplo con dos autores	Jacobó-Marín, Daniel, y Santacruz, Germán, “De territorios vacíos y fisuras legales: Reflexiones sociojurídicas sobre la intervención territorial en México”, <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , año XII, número 24, julio-diciembre 2020, pp. 15-30.
Ejemplo con más de dos autores	Parado, Raquel <i>et al.</i> , “Direitos humanos e refúgio: breves relatos do caso Nadege Dorzema e o posicionamento da corte interamericana de direitos humanos”, <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , año XII, número 24, julio-diciembre 2020, pp. 169-188.
Ejemplo con ciudad y editorial	Anastasopoulos, Nicholas, “Buen vivir, sostenibilidad y bienes comunes: el contexto ecuatoriano y mundial”, <i>Estado & comunes</i> , número 4, volumen 1, enero de 2017, Quito, IAEN, pp. 39-55.

Artículos de revista en línea

Se sigue el mismo orden que la revista impresa, pero se añade la frase: “Consultado en:” más el enlace, el DOI (en caso de tener), y entre corchetes [] se coloca la fecha de consulta. En toda referencia en línea, es importante diferenciar la fecha de la fuente con la fecha de consulta.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título del artículo”, <i>Título de la revista</i> , numeración y año de la revista, Editorial (si la hay), Ciudad (si la hay), pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el artículo. Consultado en: enlace. DOI: (en caso de tener) [Fecha de consulta: día mes año]
Ejemplo	Marés, Carlos, “Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano”, <i>Revista Direito e Práxis</i> , Vol. 12, número 01, 2021, Rio de Janeiro, pp. 16-47. Enlace: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43751/31350 DOI: 10.1590/2179-8966/2019/43751 [Fecha de consulta: 10 de abril de 2021]

Artículo de periódico

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Autor, “Título de la nota”, <i>Nombre del periódico</i> , ciudad, fecha de la edición, sección, p. número de página. (En la versión electrónica, la sección y la página en caso de que los hubiera)
Ejemplo de periódico impreso	Roque, Alexandro, “Reír llorando, diría Garrik”, <i>Pulso</i> , San Luis Potosí, 11 de abril de 2021, sección A, p. 5.
Ejemplo de periódico digital	Durand, Jorge, “Dilemas del derecho a migrar”, <i>La Jornada</i> , México, 11 de abril de 2021, sección opinión. Enlace: https://www.jornada.com.mx/notas/2021/04/11/politica/dilemas-del-derecho-a-migrar/ [Fecha de consulta: 13 de abril de 2021]
Ejemplo sin autor de la nota	“Una búsqueda con buen final”, <i>Página 12</i> , Buenos Aires, 11 de abril de 2021. Enlace: https://www.pagina12.com.ar/334974-una-busqueda-con-buen-final/ [Fecha de consulta: 13 de abril de 2021]

Tesis

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, <i>Título de la tesis</i> , Tesis de Grado obtenido, Universidad o institución, ciudad, año. Consultado en: enlace. (en caso de ser en línea) DOI: (en caso de tener) [Fecha de consulta: día mes año]
Ejemplo	Gutiérrez, David, <i>Extractivismo en México, análisis de sus implicaciones en el territorio sagrado natural de Wirikuta</i> , Tesis de Maestría, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, San Luis Potosí, 2016. Consultado en: https://repositorioinstitucional.uaslp.mx/xmlui/handle/i/5577 [Fecha de consulta: 11 de abril de 2021]

Conferencia o similar

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título de la conferencia”, conferencia pronunciada en ciudad, evento, lugar o institución en que se celebró, fecha. Consultado en: enlace. (en caso de ser en línea) [Fecha de consulta: día mes año]
Ejemplo	Rosillo, Alejandro, “Derechos Humanos desde la Filosofía de la Liberación”, conferencia pronunciada en Heredia, Costa Rica, Año UNA por el Diálogo, la Vida y la Paz, en el Instituto de Estudios Latinoamericanos, 26 de julio 2017. Consultado en: https://www.youtube.com/watch?v=xQVSqDOh7DU [Fecha de consulta: 11 de abril de 2021]

Página electrónica

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título de la información”, <i>Título de la página electrónica</i> , fecha (si viene señalada). Consultado en: enlace. (en caso de ser en línea) [Fecha de consulta: día mes año]
Ejemplo	Giménez, César, “Los de siempre, los de nunca”, <i>Derechos humanos ¡Ya!</i> , 4 de febrero de 2020. Consultado en: http://derechoshumanosya.org/los-de-siempre-los-que-nunca/ [Fecha de consulta: 5 de abril de 2021]
Ejemplo sin autor	“Qué hacemos”, <i>Naciones Unidas</i> . Consultado en: https://www.un.org/es/our-work [Fecha de consulta: 11 de abril de 2021]

Comunicación personal o entrevista

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre del entrevistado o con quien se comunicó, “Título de la entrevista”, fecha (entrevista o comunicación personal).
Ejemplo	Martínez, Pedro, “Sobre la idea de los derechos humanos”, 23 de octubre de 2020 (comunicación personal).

Documentos legales y jurisprudencias

Las leyes y jurisprudencias se citan según los criterios de cada país o de cada institución que emite el documento. Lo importante es que la referencia tenga los suficientes elementos para no prestar a confusiones.

Tratados internacionales

Los tratados internacionales se citan con su nombre completo y entre paréntesis el año de su promulgación. No es necesario mayores detalles, ya que son documentos oficiales y públicos.

Ejemplos de tratados	<p><i>Convención Internacional para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948)</i></p> <p><i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)</i></p> <p><i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)</i></p> <p><i>Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)</i></p> <p><i>Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1982)</i></p> <p><i>Convención sobre los Derechos del Niño (1989)</i></p> <p><i>Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares (1996)</i></p> <p><i>Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo (1999)</i></p> <p><i>Convenio Internacional para la Represión de los Actos de Terrorismo Nuclear (2005)</i></p>
----------------------	---

Ejemplos de tratados

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)

Se puede colocar la referencia electrónica, siguiendo las mismas reglas señaladas en las otras referencias. No obstante, al ser documentos muy difundidos, suelen aparecer en una gran cantidad de páginas electrónicas. Por lo que se recomienda citar desde las páginas de los órganos oficiales, tales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos, etc.

Leyes

Ejemplo para México

En México, las leyes son documentos públicos que basta que se cite su nombre oficial. No es necesario referir al Congreso de la Unión o a algún congreso estatal, pues el nombre refiere si la ley es general, federal, nacional o de algún estado de la república. Lo mismo pasa con reglamentos u otros cuerpos normativos. Se entiende que se está utilizando la norma vigente. Por ejemplo:

Ley de coordinación fiscal

Ley de Cooperación Internacional para el Desarrollo

Ley de Adquisiciones del Estado de San Luis Potosí

Ley de Archivos para el Estado de San Luis Potosí

Sólo en caso de hacer referencia a una ley o artículos de una ley que ya no están vigentes, debe señalarse la fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación o en el Periódico Oficial del Estado, y señalar la fecha que dejó de estar vigente.

Jurisprudencias

Ejemplo para México

En México, la jurisprudencia se cita a través del sistema electrónico proporcionado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que se utiliza la información de la sección "Localización". Por ejemplo:

Ejemplo para México

Registro digital: 2022427. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Materia(s): Constitucional, Común. Tesis: I.11o.C.39 K (10a.). Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 80, noviembre de 2020, Tomo III, página 1939. Tipo: Aislada

Esta misma información se colocaría en la nota a pie de página al momento de citar la jurisprudencia en el texto de la investigación.

7.2. Sistema Chicago

Los siguientes ejemplos se refieren a la manera en que se arma la referencia en la sección de “fuentes de investigación” o “bibliografía general”. Recuérdese que, al citar por primera vez en nota a pie de página, el cambio básico es que (Ciudad: Editorial, Año) se colocan entre paréntesis, seguido de las páginas correspondientes.

Libro de autoría única

Elementos, su orden y puntuación

Apellido, Nombre. *Título de libro: Subtítulo*. Ciudad: Editorial, Año.

Ejemplo sin subtítulo

Cassirer, Ernst. *Kant, vida y doctrina*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

Ejemplo con subtítulo

Negri, Antonio. *Goodbye Mr. Socialism: La crisis de la izquierda y los nuevos movimientos revolucionarios*. Barcelona: Paidós, 2003.

Libro de coautoría

Elementos, su orden y puntuación

Apellido, Nombre y Apellido, Nombre. *Título de libro: Subtítulo*. Ciudad: Editorial, Año.

Ejemplo con dos autores

Beuchot, Mauricio y Saldaña, Javier. *Derechos humanos y naturaleza humana*. México: UNAM, 2003.

Ejemplo con más de dos autores

Machado, Lucas *et al.* *Pluralismo jurídico en el proceso constituyente boliviano*. Aguascalientes: CENEJUS, 2020.

Algunas variantes aplicables a los libros

Estas variantes se aplican tanto a libros de autoría única como en libros de coautoría.

Libro con traductor

Elementos, su orden y puntuación

Apellido, Nombre. *Título de libro: Subtítulo*. Traducido por Nombre apellido del traductor, Ciudad: Editorial, Año.

Ejemplo

Cassirer, Ernst. *Kant, vida y doctrina*, traducido por Wenceslao Rosas. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

Libro con editor

Elementos, su orden y puntuación

Apellido, Nombre. *Título de libro: Subtítulo*. Editado por Nombre apellido del editor. Ciudad: Editorial, Año.

Ejemplo

Ellacuría, Ignacio. *Cursos universitarios*. Editado por Héctor Samour y Luis Alvarenga. San Salvador: UCA Editores, 2009.

Libro dividido en tomos

Elementos, su orden y puntuación

Apellido, Nombre. *Título de libro: Subtítulo*. Tomo no. del tomo. Ciudad: Editorial, Año.

Ejemplo sin traductor

Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y método*. Tomo II. Salamanca: Sígueme, 1992.

Ejemplo con traductor

Gadamer, Hans-Georg. *Verdad y método*. Tomo II. Traducido por Manuel Olasagasti. Salamanca: Sígueme, 1992.

Capítulo de libro colectivo

Recuérdese que los libros colectivos se refieren a partir de cada capítulo. Además, las reglas señaladas para la cita de los libros, también se aplica en estos casos.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título del capítulo”. En <i>Título de libro: Subtítulo</i> , editado (Compilado, Coordinado, según corresponda) por Nombre apellido del editor, página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo. Ciudad: Editorial, Año.
Ejemplo	Quijano, Aníbal. “Colonialidad del poder. Cultura y conocimiento en América Latina”. En <i>Capitalismo y geopolítica del conocimiento: El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo</i> , compilado por Walter Mignolo, 117-131. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2001.
Ejemplo con varios coordinadores	Burgos, Mylai. “Los derechos colectivos de los pueblos indígenas desde el pluralismo intercultural y la interlegalidad”. En <i>Geopolítica de los saberes hegemónicos: Estudios críticos para desandar el eurocentrismo</i> , coordinado por Martín E. Díaz <i>et al.</i> , 157-180. Aguascalientes: CENEJUS, 2019.
Ejemplo con una obra en varios tomos	Reinoso, Andrea. “Somos cuerpo”. En <i>Pedagogías decoloniales: Prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir</i> . Tomo II, editado por Catherine Walsh, 537-539. Quito: AbyaYala, 2017.
Ejemplo con traductor	Chomsky, Noam. “Recuperación de los derechos: un camino sinuoso”. En <i>La globalización de los derechos humanos</i> , coordinado por Matthew J. Gibney. Traducido por Helena Recassens, 49-86. Barcelona: Crítica, 2004.

Obra que se encuentra en una compilación

Es frecuente que un autor, ya sea por sí mismo o por tercera persona, realice una compilación de obras en uno o varios tomos. Estas compilaciones suelen titularse como “Obras completas”, “Obras reunidas”, “Escritos”, aunque no es una regla general. No obstante, normalmente, se presenta alguna

introducción donde se señala que el libro es fruto de una compilación de artículos u obras que el autor realizó en diversos momentos. La forma de citar en estos casos es como si fuera un capítulo de un libro colectivo.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título del capítulo”. En <i>Título de libro: Subtítulo</i> , página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo. Ciudad: Editorial, Año.
Ejemplo	Ellacuría, Ignacio. “Antropología de Xavier Zubiri”. En <i>Escritos filosóficos</i> . Tomo II, 71-148. San Salvador: UCA Editores, 2007.

Voz en un diccionario o enciclopedia

Caso en que la voz tenga autor y no exista un coordinador del diccionario

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título de la voz”. En <i>Título del diccionario o enciclopedia: Subtítulo</i> . número del tomo (si lo hay). Traducido por Nombre de traductor (en caso que haya), página inicial-páginas final donde se encuentra la voz. Ciudad: Editorial, Ciudad, Año.
Ejemplo	Lions, Monique. “Amnistía”. En <i>Enciclopedia jurídica mexicana</i> . Tomo I, 236-237. México: UNAM-Porrúa, 2002.

Caso en que la voz tenga autor y exista un coordinador del diccionario

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título de la voz”. En <i>Título del diccionario o enciclopedia: Subtítulo</i> . Número de tomo (si lo hay). Coordinador por Nombre apellido del coordinador. Traducido por Nombre apellido de traductor (en caso que haya), página inicial-páginas final donde se encuentra la voz. Ciudad: Editorial, Año.
Ejemplo	Hanley, Sarah. “La ley sálica”. En <i>Enciclopedia histórica y política de las mujeres: Europa y América</i> . Dirigido por Christine Fauré. Traducido por Marisa Pérez, 21-38. Madrid: Akal, 2010.

Caso en que el diccionario sea de un solo autor

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título de la voz”. En <i>Título del diccionario o enciclopedia: Subtítulo</i> . Número de tomo (si lo hay). Traducido por Nombre apellido del traductor (en caso que haya), página inicial-páginas final donde se encuentra la voz. Ciudad: Editorial, Año.
Ejemplo	Martínez, Rafael. “Ecología”. En <i>Diccionario jurídico: Teórico práctico</i> , 336-338. México: IURE Editores, 2010.

Caso en que no exista autores de la voz ni coordinadores del diccionario o enciclopedia

Elementos, su orden y puntuación	“Título de la voz”. <i>Título del diccionario o enciclopedia: Subtítulo</i> . Número de tomo (si lo hay), página inicial-páginas final donde se encuentra la voz. Ciudad: Editorial, Año.
Ejemplo	“Hormiga”. <i>Diccionario de la lengua española: Real Academia Española</i> . Tomo II, 1229. Madrid: Espasa Calpe, 2001.

Prólogos, introducciones, estudios previos o prefacios

En caso que se desee citar un prólogo, introducción, estudio previo o prefacio, cuya autoría es distinta a la del autor de la obra, entonces se cita como si fuera el capítulo de una obra colectiva.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título de la introducción” a <i>Título de libro: Subtítulo</i> de Nombre apellido del autor, página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo. Ciudad: Editorial, Año.
Ejemplo	González, Antonio, “Prólogo” a <i>Filosofía de la realidad histórica</i> de Ignacio Ellacuría, 9-12. San Salvador: UCA Editores, San Salvador, 1999.

Artículos de revista impresa

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título del artículo”, <i>Título de la revista</i> , numeración de la revista (Año): página inicial-páginas final donde se encuentra el artículo.
Ejemplo con un autor	Álvarez, Beatriz. “Medidas para evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres imputadas”, <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , año XII, número 24 (2020): 67-92.
Ejemplo con dos autores	Jacobó-Marín, Daniel, y Santacruz, Germán. “De territorios vacíos y fisuras legales: Reflexiones sociojurídicas sobre la intervención territorial en México”, <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , año XII, número 24 (2020): 15-30.
Ejemplo con más de dos autores	Parado, Raquel <i>et al.</i> “Direitos humanos e refúgio: breves relatos do caso Nadege Dorzema e o posicionamento da corte interamericana de direitos humanos”, <i>Revista de direitos humanos y estudios sociales</i> , año XII, número 24 (2020): 169-188.

Artículos de revista en línea

Se sigue el mismo orden que la revista impresa, pero se añade la frase: “Consultado en:” más el enlace, el DOI (en caso de tener), y entre corchetes [] se coloca la fecha de consulta.

En toda referencia en línea, es importante diferenciar la fecha de la fuente con la fecha de consulta.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título del artículo”, <i>Título de la revista</i> , numeración de la revista página inicial-páginas final donde se encuentra el artículo. Acceso la fecha, enlace, doi: (en caso de tener)
Ejemplo	Marés, Carlos. “Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano”, <i>Revista Direito e Práxis</i> , Vol. 12, número 01 (2021): 16-47. Acceso el 10 de abril de 2021, https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43751/31350 , doi: 10.1590/2179-8966/2019/43751

Artículo de periódico

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Autor. “Título de la nota”, <i>Nombre del periódico</i> , ciudad, fecha de la edición, sección: número de página. (En la versión electrónica, la sección y la página en caso de que los hubiera)
Ejemplo de periódico impreso	Roque, Alexandro. “Reír llorando, diría Garrik”, <i>Pulso</i> , San Luis Potosí, 11 de abril de 2021, sección A: 5.
Ejemplo de periódico digital	Durand, Jorge. “Dilemas del derecho a migrar”, <i>La Jornada</i> , México, 11 de abril de 2021, sección opinión. Acceso el 13 de abril de 2021, https://www.jornada.com.mx/notas/2021/04/11/politica/dilemas-del-derecho-a-migrar/
Ejemplo sin autor de la nota	“Una búsqueda con buen final”, <i>Página 12</i> , Buenos Aires, 11 de abril de 2021. Acceso el 13 de abril de 2021, https://www.pagina12.com.ar/334974-una-busqueda-con-buen-final/

Tesis

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título de la tesis”. Tesis de Grado obtenido. Universidad o institución, año. enlace. (en caso de ser en línea) DOI: (en caso de tener)
Ejemplo	Gutiérrez, David, “Extractivismo en México, análisis de sus implicaciones en el territorio sagrado natural de Wirikuta”. Tesis de Maestría. Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2016. https://repositorioinstitucional.uaslp.mx/xmlui/handle/i/5577

Conferencia o similar

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre. “Título de la conferencia”. Conferencia pronunciada en lugar o institución en que se celebró, fecha. Acceso la fecha, enlace. (en caso de ser en línea)
Ejemplo	Rosillo, Alejandro. “Derechos Humanos desde la Filosofía de la Liberación”. Conferencia pronunciada en la Universidad Nacional de Costa Rica, 26 de julio 2017. Acceso el 11 de abril de 2021, https://www.youtube.com/watch?v=xQVSqDOh7DU

Página electrónica

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre, “Título de la información”, <i>Título de la página electrónica</i> , fecha (si viene señalada). Acceso la fecha, enlace.
Ejemplo	Giménez, César. “Los de siempre, los de nunca”, <i>Derechos humanos ¡Ya!</i> , 4 de febrero de 2020. Acceso el 5 de abril de 2021, http://derechoshumanosya.org/los-de-siempre-los-que-nunca/
Ejemplo sin autor	“Qué hacemos”, <i>Naciones Unidas</i> . Acceso el 11 de abril de 2021, https://www.un.org/es/our-work

Comunicación personal o entrevista

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, Nombre del entrevistado o con quien se comunicó. “Título de la entrevista”, fecha, entrevista o comunicación personal.
Ejemplo	Martínez, Pedro. “Sobre la idea de los derechos humanos”, 23 de octubre de 2020, comunicación personal.

Documentos legales y jurisprudencias

Las leyes y jurisprudencias se citan según los criterios de cada país o de cada institución que emite el documento. Lo importante es que la referencia tenga los suficientes elementos para no prestar a confusiones.

Véanse los ejemplos en la sección sobre el sistema latino.

7.3. Sistema APA

Libro de autoría única

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año). <i>Título de libro. Subtítulo</i> . Editorial.
Ejemplo sin subtítulo	Cassirer, E. (2003). <i>Kant, vida y doctrina</i> . Fondo de Cultura Económica.
Ejemplo con subtítulo	Negri, A. (2007). <i>Goodbye Mr. Socialism. La crisis de la izquierda y los nuevos movimientos revolucionarios</i> . Paidós.

Libro de coautoría

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. y Apellido, N. (año). <i>Título de libro. Subtítulo</i> . Editorial.
Ejemplo con dos autores	Beuchot, M. y Saldaña, J. (2000). <i>Derechos humanos y naturaleza humana</i> . UNAM.
Ejemplo con más de dos autores	Machado, L. et al. (2020). <i>Pluralismo jurídico en el proceso constituyente boliviano</i> . CENEJUS.

Libros divididos en tomos o volúmenes

Esta variante se aplica tanto a libros de autoría única como en libros de coautoría.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año). <i>Título de libro. Subtítulo</i> . (Tomo no. del tomo). Editorial.
Ejemplo sin traductor	Gadamer, H.G. (1992). <i>Verdad y método</i> . (Tomo II). Sígueme.

Capítulo de libro colectivo

Recuérdese que los libros colectivos se refieren a partir de cada capítulo. Además, las reglas señaladas para la cita de los libros, también se aplica en estos casos.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año). Título del capítulo. En N. Apellido del coordinador, compilador o editor del libro (la abreviatura Coord., Comp. o Ed., según sea el caso), <i>Título de libro</i> . <i>Subtítulo</i> . (pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo). Editorial.
Ejemplo	Quijano, A. (2001). Colonialidad del poder. Cultura y conocimiento en América Latina. En W. Mignolo (Comp.), <i>Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo</i> (pp. 117-131). Ediciones del Signo.
Ejemplo con varios coordinadores	Burgos, M. (2019). Los derechos colectivos de los pueblos indígenas desde el pluralismo intercultural y la interlegalidad. En M.E. Díaz et al. (Coord.). <i>Geopolítica de los saberes hegemónicos. Estudios críticos para desandar el eurocentrismo</i> (pp. 157-180). CENEJUS.
Ejemplo con una obra en varios tomos	Reinoso, A. (2017). Somos cuerpo. En C. Walsh (Ed.), <i>Pedagogías decoloniales. Prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir</i> (Tomo II, pp. 537-539). AbyYala.
Ejemplo con traductor	Chomsky, N. (2004). Recuperación de los derechos: un camino sinuoso. En M.J. Gibney (Coord.), <i>La globalización de los derechos humanos</i> (pp. 49-86). Crítica.

Obra que se encuentra en una compilación

Es frecuente que un autor, ya sea por sí mismo o por tercera persona, realice una compilación de obras en uno o varios tomos. Estas compilaciones suelen titularse como “Obras completas”, “Obras reunidas”, “Escritos”, aunque no es una regla general. No obstante, normalmente, se presenta alguna introducción donde se señala que el libro es fruto de una compilación de artículos

u obras que el autor realizó en diversos momentos. La forma de citar en estos casos es como si fuera un capítulo de un libro colectivo.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, I. (año). Título del capítulo. En <i>Título de libro. Subtítulo</i> (tomo o vol., pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo). Editorial.
Ejemplo	Ellacuría, I. (2007). Antropología de Xavier Zubiri. En <i>Escritos filosóficos</i> (Tomo II, pp. 71-148). UCA Editores.

Voz en un diccionario o enciclopedia

Caso en que la voz tenga autor y no exista un coordinador del diccionario

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año). Título de la voz. En <i>Título del diccionario o enciclopedia. Subtítulo</i> (número del tomo (si lo hay), pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz). Editorial.
Ejemplo	Lions, M. (2002). Amnistía. En <i>Enciclopedia jurídica mexicana</i> (Tomo I, pp. 236-237). UNAM-Porrúa.

Caso en que la voz tenga autor y exista un coordinador del diccionario

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año). Título de la voz. En N. Apellido del coordinador, compilador o editor del libro (la abreviatura Coord., Comp. o Éd., según sea el caso). <i>Título del diccionario o enciclopedia. Subtítulo</i> , (Número de tomo (si lo hay), pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz). Editorial.
Ejemplo	Hanley, S. (2010). La ley sálica. En C. Fauré (Dir.). <i>Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América</i> , (pp. 21-38). Akal.

Caso en que el diccionario sea de un solo autor

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año). Título de la voz. En <i>Título del diccionario o enciclopedia. Subtítulo</i> , (Número de tomo (si lo hay), pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz). Editorial.
----------------------------------	---

Ejemplo

Martínez, R. (2010). Ecología. En *Diccionario jurídico. Teórico práctico* (pp. 336-338). IURE Editores.

Caso en que no exista autores de la voz ni coordinadores del diccionario o enciclopedia

Elementos, su orden y puntuación

Institución creadora del diccionario. (año). Título de la voz. En *Título del diccionario o enciclopedia. Subtítulo* (Número de tomo (si lo hay), pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz). Editorial si es distinta a la institución.

Ejemplo

Real Academia Española (2001). Hormiga. En *Diccionario de la lengua española* (Tomo II, p. 1229). Espasa Calpe.

Prólogos, introducciones, estudios previos o prefacios

En caso que se desee citar un prólogo, introducción, estudio previo o prefacio, cuya autoría es distinta a la del autor de la obra, entonces se cita como si fuera el capítulo de una obra colectiva.

Elementos, su orden y puntuación

Apellido, N. (año). Título de la introducción. En N. Apellido del autor. *Título de libro. Subtítulo* (pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el prólogo). Editorial.

Ejemplo

González, A. (1999). Prólogo. En I. Ellacuría. *Filosofía de la realidad histórica* (pp. 9-12). UCA Editores.

Libros con más de una edición

Si el libro tiene más de una edición, se suele colocar el número de edición después del subtítulo o número de tomo. Se coloca el número ordinal abreviado (2da., 3ra., 4ta., etc.) seguido de la abreviatura “ed.”. Se ubica dentro de los paréntesis, junto con el número de tomo o volumen y el número de páginas. Esto aplica tanto para libros de autoría o coautoría, libros colectivos, y diccionarios o enciclopedias.

Ejemplo de libro de autoría	Gadamer, H.G. (1992). <i>Verdad y método</i> (2da. ed., Tomo II). Sígueme.
Ejemplo de libro colectivo	Sarrible, G. (2015). Ética y población: pasado y presente. En M. Casado (Ed.). <i>Bioética, derecho y sociedad</i> (2da. ed., pp. 259-274). Trotta.
Ejemplo de diccionario	Real Academia Española (2001). Hormiga. En <i>Diccionario de la lengua española</i> (22va. ed., Tomo II, p. 1229). Espasa Calpe.

Artículos de revista impresa

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año). Título del artículo. <i>Título de la revista</i> , periodo o volumen de la revista (número de la revista), página inicial-páginas final donde se encuentra el artículo.
Ejemplo con un autor	Álvarez, B. (2020). Medidas para evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres imputadas. <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> . XII (24), 67-92.
Ejemplo con dos o tres autores	Jacobo-Marín, D. y Santacruz, G. (2020). De territorios vacíos y fisuras legales: Reflexiones sociojurídicas sobre la intervención territorial en México. <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , XII (24), 15-30.
Ejemplo con más de tres autores	Parado, Raquel et al. (2020). Direitos humanos e refúgio: breves relatos do caso Nadege Dorzema e o posicionamento da corte interamericana de direitos humanos. <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , XII (24), 169-188.

Artículos de revista en línea

Sigue las mismas reglas que la revista impresa, solo que al final se coloca el DOI o, en caso de no tenerlo, el enlace.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año). Título del artículo. <i>Título de la revista</i> , numeración y año de la revista, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el artículo. DOI: (en caso de tener) o enlace.
----------------------------------	---

Ejemplo con DOI	Marés, C. (2021). Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano. <i>Revista Direito e Práxis</i> , 12(01), 16-47. DOI: 10.1590/2179-8966/2019/43751
Ejemplo con enlace	Marés, C. (2021). Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano. <i>Revista Direito e Práxis</i> , 12(01), 16-47. https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43751/31350

Artículo de periódico

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (fecha de la edición). Título de la nota. <i>Nombre del periódico</i> , p. número de página. (En la versión electrónica, se coloca el enlace)
Ejemplo de periódico impreso	Roque, A. (11 de abril de 2021). Reír llorando, diría Garrik. <i>Pulso</i> , p. 5A.
Ejemplo de periódico digital	Durand, J. (11 de abril de 2021). Dilemas del derecho a migrar. <i>La Jornada</i> . https://www.jornada.com.mx/notas/2021/04/11/politica/dilemas-del-derecho-a-migrar/
Ejemplo sin autor de la nota	<i>Página 12</i> (11 de abril de 2021). Una búsqueda con buen final. https://www.pagina12.com.ar/334974-una-busqueda-con-buen-final/

Tesis

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) <i>Título de la tesis</i> [Tesis de grado, institución]. Enlace. (en caso de ser en línea)
Ejemplo	Gutiérrez, D. (2016) <i>Extractivismo en México, análisis de sus implicaciones en el territorio sagrado natural de Wirikuta</i> [Tesis de Maestría, Universidad Autónoma de San Luis Potosí]. https://repositorioinstitucional.uaslp.mx/xmlui/handle/i/5577

Conferencia o similar

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (fecha). <i>Título de la conferencia</i> [descripción del tipo de ponencia: sesión, mesa redonda, panel, etc.]. Conferencia pronunciada en ciudad, evento, lugar o institución en que se celebró. Enlace (en caso de ser en línea)
Ejemplo	Rosillo, A. (26 de julio de 2017). <i>Derechos Humanos desde la Filosofía de la Liberación</i> [conferencia magistral]. Conferencia pronunciada en Heredia, Costa Rica, Año UNA por el Diálogo, la Vida y la Paz, en el Instituto de Estudios Latinoamericanos. https://www.youtube.com/watch?v=xQVSqDOh7DU

Página electrónica

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (fecha). <i>Título de la información</i> . Nombre de la página. Recuperado el día mes año de enlace.
Ejemplo	Giménez, C. (4 de febrero de 2020). <i>Los de siempre, los de nunca</i> . Derechos humanos ¡Ya! Recuperado el 5 de abril de 2021 de http://derechoshumanosya.org/los-de-siempre-los-que-nunca/
Ejemplo sin autor	<i>Qué hacemos</i> . Naciones Unidas. Recuperado el 11 de abril de 2021 de https://www.un.org/es/our-work

Comunicación personal o entrevista

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. del entrevistado o con quien se comunicó (fecha). Título de la entrevista [entrevista o comunicación personal]
Ejemplo	Martínez, P. (23 de octubre de 2020). Sobre la idea de los derechos humanos [comunicación personal]

Documentos legales y jurisprudencias

Las leyes y jurisprudencias se citan según los criterios de cada país o de cada institución que emite el documento. Lo importante es que la referencia tenga los suficientes elementos para no prestar a confusiones.

Véanse los ejemplos en la sección sobre el sistema latino.

7.4. Sistema Harvard

Libro de autoría única

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) <i>Título de libro. Subtítulo.</i> Ciudad: Editorial.
Ejemplo sin subtítulo	Cassirer, E. (2003) <i>Kant, vida y doctrina.</i> México: Fondo de Cultura Económica.
Ejemplo con subtítulo	Negri, A. (2007) <i>Goodbye Mr. Socialism. La crisis de la izquierda y los nuevos movimientos revolucionarios.</i> Barcelona: Paidós.

Libro de coautoría

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. y Apellido, N. (año) <i>Título de libro. Subtítulo.</i> Ciudad: Editorial.
Ejemplo con dos o tres autores	Beuchot, M. y Saldaña, J. (2000) <i>Derechos humanos y naturaleza humana.</i> México: UNAM.
Ejemplo con más de tres autores	Machado, L. et al. (2020) <i>Pluralismo jurídico en el proceso constituyente boliviano.</i> Aguascalientes: CENEJUS.

Libros divididos en tomos o volúmenes

Esta variante se aplica tanto a libros de autoría única como en libros de coautoría.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) <i>Título de libro. Subtítulo.</i> Tomo no. del tomo. Ciudad: Editorial.
Ejemplo sin traductor	Gadamer, H.G. (1992) <i>Verdad y método.</i> Tomo II. Salamanca: Sígueme.

Capítulo de libro colectivo

Recuérdese que los libros colectivos se refieren a partir de cada capítulo. Además, las reglas señaladas para la cita de los libros, también se aplica en estos casos.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título del capítulo”. En; Apellido, N. del coordinador, compilador o editor del libro. la abreviatura Coord., Comp. o Ed., según sea el caso. <i>Título de libro. Subtítulo.</i> Ciudad: Editorial, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo.
Ejemplo	Quijano, A. (2001) “Colonialidad del poder. Cultura y conocimiento en América Latina”. En: Mignolo, W., Comp. <i>Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo.</i> Buenos Aires: Ediciones del Signo, pp. 117-131.
Ejemplo con varios coordinadores	Burgos, M. (2019) “Los derechos colectivos de los pueblos indígenas desde el pluralismo intercultural y la interlegalidad”. En: Díaz, M.E. et al., Coords. <i>Geopolítica de los saberes hegemónicos. Estudios críticos para desandar el eurocentrismo.</i> Aguascalientes: CENEJUS, pp. 157-180.
Ejemplo con una obra en varios tomos	Reinoso, A. (2017) “Somos cuerpo”. En: Walsh, C., Ed. <i>Pedagogías decoloniales. Prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir.</i> Tomo II. Quito: AbyaYala, pp. 537-539.

Obra que se encuentra en una compilación

Es frecuente que un autor, ya sea por sí mismo o por tercera persona, realice una compilación de obras en uno o varios tomos. Estas compilaciones suelen titularse como “Obras completas”, “Obras reunidas”, “Escritos”, aunque no es una regla general. No obstante, normalmente, se presenta alguna introducción donde se señala que el libro es fruto de una compilación de artículos u obras que el autor realizó en diversos momentos. La forma de citar en estos casos es como si fuera un capítulo de un libro colectivo.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, I. (año) “Título del capítulo”. En: <i>Título de libro. Subtítulo</i> . Tomo o vol. Ciudad: Editorial, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el capítulo.
Ejemplo	Ellacuría, I. (2007) “Antropología de Xavier Zubiri”. En: <i>Escritos filosóficos</i> . Tomo II. San Salvador: UCA Editores, pp. 71-148.

Voz en un diccionario o enciclopedia

Caso en que la voz tenga autor y no exista un coordinador del diccionario

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título de la voz”. En: <i>Título del diccionario o enciclopedia. Subtítulo</i> . número del tomo (si lo hay). Ciudad: Editorial, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz.
Ejemplo	Lions, M. (2002) “Amnistía”. En: <i>Enciclopedia jurídica mexicana</i> . Tomo I. México: UNAM-Porrúa, pp. 236-237.

Caso en que la voz tenga autor y exista un coordinador del diccionario

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título de la voz”. En: Apellido, N. del coordinador, compilador o editor del libro, la abreviatura Coord., Comp. o Ed., según sea el caso. <i>Título del diccionario o enciclopedia. Subtítulo</i> . número de tomo (si lo hay). Ciudad: Editorial, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz.
Ejemplo	Hanley, S. (2010) “La ley sálica”. En: Fauré, C., Dir. <i>Enciclopedia histórica y política de las mujeres. Europa y América</i> . Madrid: Akal, pp. 21-38.

Caso en que el diccionario sea de un solo autor

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título de la voz”. En: <i>Título del diccionario o enciclopedia. Subtítulo</i> . número de tomo (si lo hay). Ciudad: Editorial, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz.
Ejemplo	Martínez, R. (2010) “Ecología”. En: <i>Diccionario jurídico. Teórico práctico</i> . México: IURE Editores, pp. 336-338.

Caso en que no exista autores de la voz ni coordinadores del diccionario o enciclopedia

Elementos, su orden y puntuación	Institución creadora del diccionario. (año) “Título de la voz”. En: <i>Título del diccionario o enciclopedia</i> . <i>Subtítulo</i> . Número de tomo (si lo hay). Ciudad: Editorial si es distinta a la institución, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra la voz.
Ejemplo	Real Academia Española (2001) “Hormiga”. En: <i>Diccionario de la lengua española</i> . Tomo II. Madrid: Espasa Calpe, p. 1229.

Prólogos, introducciones, estudios previos o prefacios

En caso que se desee citar un prólogo, introducción, estudio previo o prefacio, cuya autoría es distinta a la del autor de la obra, entonces se cita como si fuera el capítulo de una obra colectiva.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título de la introducción”. En: Apellido, N. del autor. <i>Título de libro</i> . <i>Subtítulo</i> . Ciudad: Editorial, pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el prólogo.
Ejemplo	González, A. (1999) “Prólogo”. En: Ellacuría, I. <i>Filosofía de la realidad histórica</i> . San Salvador: UCA Editores, pp. 9-12.

Libros con más de una edición

Si el libro tiene más de una edición, se suele colocar el número de edición después del subtítulo o número de tomo. Se coloca el número ordinal abreviado (2da., 3ra., 4ta., etc.) seguido de la abreviatura “ed.”. Esto aplica tanto para libros de autoría o coautoría, libros colectivos, y diccionarios o enciclopedias.

Ejemplo de libro de autoría	Gadamer, H.G. (1992) <i>Verdad y método</i> . 2da. ed. Tomo II. Salamanca: Sígueme.
Ejemplo de libro colectivo	Sarrible, G. (2015) “Ética y población: pasado y presente”. En: Casado, M., Ed. <i>Bioética, derecho y sociedad</i> . 2da. ed. Madrid: Trotta, pp. 259- 274.

Ejemplo de diccionario	Real Academia Española (2001) “Hormiga”. En: <i>Diccionario de la lengua española</i> . 22va. ed. Tomo II. Madrid: Espasa Calpe, p. 1229.
------------------------	---

Artículos de revista impresa

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título del artículo”, <i>Título de la revista</i> , periodo o volumen de la revista (número de la revista), pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el artículo.
Ejemplo con un autor	Álvarez, B. (2020) “Medidas para evitar la discriminación jurisdiccional a mujeres imputadas”, <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , XII (24), pp. 67-92.
Ejemplo con dos o tres autores	Jacobó-Marín, D. y Santacruz, G. (2020) “De territorios vacíos y fisuras legales: Reflexiones sociojurídicas sobre la intervención territorial en México”, <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , XII (24), pp. 15-30.
Ejemplo con más de tres autores	Parado, Raquel et al. (2020) “Direitos humanos e refúgio: breves relatos do caso Nadege Dorzema e o posicionamento da corte interamericana de direitos humanos”, <i>Revista de derechos humanos y estudios sociales</i> , XII (24), pp. 169-188.

Artículos de revista en línea

Sigue las mismas reglas que la revista impresa, solo que al final se coloca el DOI o, en caso de no tenerlo, el enlace.

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título del artículo”, <i>Título de la revista</i> , numeración y año de la revista, Editorial (si la hay), pp. página inicial-páginas final donde se encuentra el artículo. Disponible en: enlace. DOI: (en caso de tener) [Consultado: dd/mm/aaaa]
Ejemplo	Marés, C. (2021) “Gênese Anticolonial do Constitucionalismo Latino-Americano”, <i>Revista Direito e Práxis</i> , 12 (01), pp. 16-47. Disponible en: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/43751/31350 DOI: 10.1590/2179-8966/2019/43751 [Consultado 10/04/2021]

Artículo de periódico

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título de la nota”, <i>Nombre del periódico</i> , día y mes, p. número de página. (En la versión electrónica, se coloca Disponible en: enlace [Consultado dd/mm/aaaa])
Ejemplo de periódico impreso	Roque, A. (2021) “Reír llorando, diría Garrik”. <i>Pulso</i> , 11 de abril, p. 5A.
Ejemplo de periódico digital	Durand, J. (2021) “Dilemas del derecho a migrar”, <i>La Jornada</i> , 11 de abril. Disponible en: https://www.jornada.com.mx/notas/2021/04/11/politica/dilemas-del-derecho-a-migrar/ [Consultado 14/04/2021]
Ejemplo sin autor de la nota	<i>Página 12</i> (2021) “Una búsqueda con buen final”, 11 de abril. Disponible en: https://www.pagina12.com.ar/334974-una-busqueda-con-buen-final/ [Consultado 14/04/2021]

Tesis

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) <i>Título de la tesis</i> . Tesis de grado. Institución. Disponible en: enlace. [Consultado dd/mm/aaaa] (en caso de ser en línea)
Ejemplo	Gutiérrez, D. (2016) <i>Extractivismo en México, análisis de sus implicaciones en el territorio sagrado natural de Wirikuta</i> . Tesis de Maestría. Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Disponible en: https://repositorioinstitucional.uaslp.mx/xmlui/handle/i/5577 [Consultado 14/04/2021]

Conferencia o similar

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título de la conferencia”, nombre del evento. Lugar (Ciudad), día y mes. Disponible en: Enlace [Consultado dd/mm/aaaa] (en caso de ser en línea)
Ejemplo	Rosillo, A. (2017) “Derechos Humanos desde la Filosofía de la Liberación”, Año UNA por el Diálogo, la Vida y la Paz. Instituto de Estudios Latinoamericanos (Heredia), 26 de julio. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=xQVSqDOh7DU [Consultado 14/04/2021]

Página electrónica

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. (año) “Título de la información”. <i>Nombre de la página</i> , día mes. Disponible en: enlace [Consultado dd/mm/aaaa]
Ejemplo	Giménez, C. (2020) “Los de siempre, los de nunca”. <i>Derechos humanos ¡Ya!</i> , 4 de febrero. Disponible en: http://derechoshumanosya.org/los-de-siempre-los-que-nunca/ [Consultado 10/03/2021]
Ejemplo sin autor	“Qué hacemos”. <i>Naciones Unidas</i> . Disponible en: https://www.un.org/es/our-work [Consultado 10/02/2021]

Comunicación personal o entrevista

Elementos, su orden y puntuación	Apellido, N. del entrevistado o con quien se comunicó (año). “Título de la entrevista”, entrevista o comunicación personal, día mes.
Ejemplo	Martínez, P. (2020) “Sobre la idea de los derechos humanos”, comunicación personal, 23 de octubre.

Documentos legales y jurisprudencias

Las leyes y jurisprudencias se citan según los criterios de cada país o de cada institución que emite el documento. Lo importante es que la referencia tenga los suficientes elementos para no prestar a confusiones.

Véanse los ejemplos en la sección sobre el sistema latino.

Capítulo 25

El escrito o reporte de investigación

Alejandro Rosillo Martínez

1. Introducción

En la elaboración de una investigación, es importante distinguir entre el proyecto y el escrito final o reporte. En el tema anterior, se describió la manera de realizar el proyecto que es, de alguna forma, el mapa que ha de seguir la investigación. Ahí es donde se determinan los diversos elementos que se analizaron del tema cinco al dieciocho de esta obra. En cambio, el escrito o reporte de investigación es el documento final donde se presentan el desarrollo y los resultados de la investigación.

En función del proyecto de investigación, tanto de sus alcances como del contexto de su elaboración, el reporte de investigación puede tener diversas modalidades. En el ámbito jurídico, las más frecuentes son tres: un artículo, una tesis de grado o un libro. Dentro de las modalidades de artículo y libro, se pueden distinguir dos clases: de difusión o científico. Y, en cuanto a las tesis, dependerá del grado académico a obtener, y también podrán tener diferente nombre en función de las tradiciones y legislaciones de cada país. Así, encontramos nombres como tesina, trabajo de fin de grado, proyecto recepcional, etc.

A continuación, se abordará la manera de armar cada modalidad del reporte de investigación. Al contar las modalidades con elementos comunes

entre sí, se evitará repetir innecesariamente y se hará referencia a la ya explicado con anterioridad. En efecto, en cada abordaje se busca profundizar en las características propias de la modalidad.

2. Elementos básicos del reporte de investigación

Los elementos básicos del reporte de investigación son aquellos que contienen todo reporte de investigación, desde el más simple hasta el más complejo. Es importante identificar:

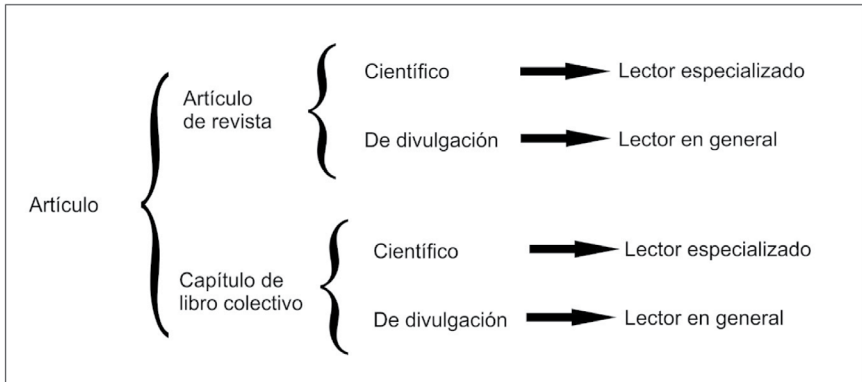
- a) **Introducción:** se recomienda escribir al final de la redacción de las otras partes del reporte.
- b) **Desarrollo:** es el cuerpo principal del trabajo, que está dividida según el proyecto de investigación. Requiere una división lógica y coherente, que sea acorde con los objetivos general y específicos de la investigación.
- c) **Conclusión:** se trata de los resultados de la investigación. En cierto sentido, se trata de afirmaciones argumentadas desde y fundamentadas en el desarrollo de la investigación, y que responden a la hipótesis planteada.
- d) **Fuentes:** es el listado de todas las fuentes de información.
- e) **Anexos:** es el material que sirve de apoyo a la sección de desarrollo del reporte, pero que, por sus características, no se incluyen en el texto completo, sino se ubican al final del reporte.

Estas partes tienen características particulares en función del tipo de reporte que se use. Esto se irá explicando al abordar cada tipo de documento.

3. El artículo

El artículo es un escrito breve, de carácter monográfico. Es decir, se trata de un documento donde se presenta un estudio sobre un tema específico, muy acotado; parte de un planteamiento concreto, y su desarrollo se refiere a su análisis y respuesta. Por esta característica, el artículo requiere, en el campo jurídico, una capacidad de síntesis por parte del autor, que evite ocupar espacio en cuestiones que no son esenciales.

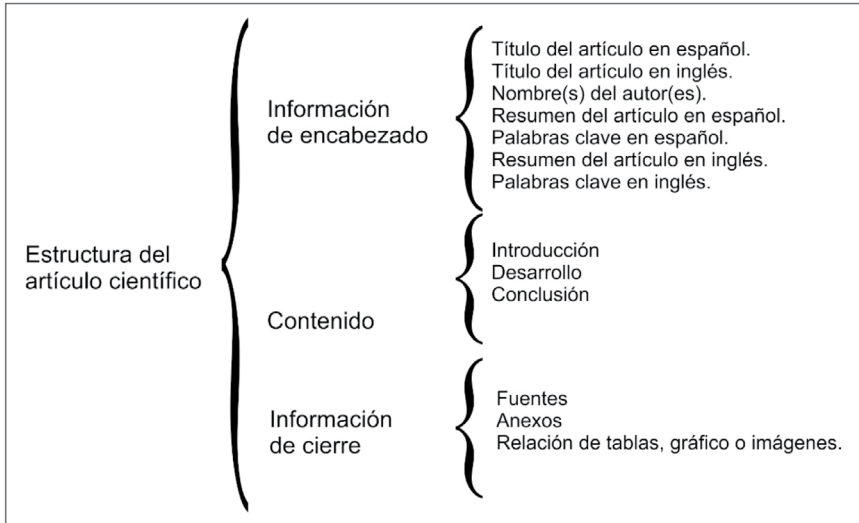
Este tipo de escrito se suele publicar bajo dos presentaciones: como artículo de una revista o como capítulo de un libro colectivo. En cuanto a lo sustancial, ambas presentaciones deben cumplir con las mismas características, pero en cuanto a lo formal, tienen algunas diferencias que se mencionarán más adelante. Además, ambas presentaciones pueden clasificarse según su objetivo: de investigación o de divulgación. En el primer caso, se busca dar a conocer los resultados de la investigación de una forma precisa, con argumentos suficientes, y utilizando un lenguaje especializado, considerando que sus potenciales lectores son estudiantes, profesores, profesionistas o investigadores en el área del conocimiento. En cambio, un artículo de divulgación utiliza un lenguaje menos especializado, se enfoca a difundir las ideas y conclusiones principales de la investigación, sin recurrir necesariamente a argumentos detallados, pues va dirigido a lectores en general, que no necesariamente son expertos o están involucrados en la disciplina.



3.1. El artículo científico

El artículo científico es el tipo de reporte de investigación más común; de ahí que exista una gran cantidad de revistas especializadas en las diversas áreas del conocimiento. Su extensión depende de las reglas de cada revista,

pero en el ámbito jurídico, lo usual suele ser de 20 a 30 páginas. Su estructura más común es la siguiente:



El artículo científico comienza con una **información de encabezado**, que es la siguiente:

- Título del artículo en español.
- Título del artículo en inglés.
- Nombre(s) del autor(es).
- Resumen del artículo en español.
- Palabras clave en español.
- Resumen del artículo en inglés.
- Palabras clave en inglés.

El título debe ser breve y expresar con claridad el tema de la investigación. Se recomienda que tenga relación con el objeto/sujeto de estudio. Además, se puede valer de un subtítulo, que consiste en una segunda frase que ayuda a especificar mejor el contenido de la investigación, y se puede referir tanto al marco teórico o a los criterios de delimitación del objeto de estudio.

Algunos ejemplos:

<p>El servicio público ferroviario de carga en México ante la globalización, su concesión y el derecho de competencia</p> <p>La COVID-19 como factor determinante en la resurrección de la cláusula rebus sic stantibus. Análisis de su aplicabilidad en la situación de pandemia</p> <p>Inteligencia artificial y responsabilidad civil: perspectivas jurídicas y retos legislativos</p>

Como se puede observar, el primer ejemplo no contiene subtítulo; en cambio, el segundo y el tercero sí lo tienen. La separación entre el título y el subtítulo se puede hacer con un punto y seguido, o con dos puntos, como puede verse en los ejemplos anteriores.

Al tratarse de revistas que no sean en inglés, la práctica usual es que, además del idioma en que esté escrito el artículo (el español, en nuestro caso), también debe colocar el título en inglés. Por ejemplo:

<p>De territorios vacíos y fisuras legales: reflexiones sociojurídicas sobre la intervención territorial en México</p> <p>Empty territories and legal fissures: socio-legal reflections about territorial intervention in Mexico</p>
--

Debajo del título se coloca el nombre del autor o de los autores. El orden en que se coloquen los autores es importante, pues el que se coloca primero se le conoce como “primer autor”, y se considera que es el investigador principal en el desarrollo del texto. También, según los criterios de las revistas, se coloca la información básica del autor (grado académico, universidad de adscripción, correo electrónico, etc.), a nota a pie de página.

Se debe realizar un resumen del contenido del artículo que, de manera breve, explique el objeto de estudio, la metodología utilizada y las conclusiones. Inmediatamente después, se deben colocar algunas “palabras clave” –regularmente se piden cinco–, que son los conceptos que constituyen la base del marco teórico de la investigación y cuya función es servir de “huellas” para quienes realizan búsquedas sobre esos temas. En caso de no estar originalmente en inglés, tanto el resumen (*abstract*) como las palabras

clave (*keywords*), se deben poner tanto en el idioma original y su traducción. Por ejemplo:

<p>De territorios vacíos y fisuras legales: reflexiones sociojurídicas sobre la intervención territorial en México</p>	<p>— Titulo</p>
<p>Empty territories and legal fissures: socio-legal reflections about territorial intervention in Mexico Daniel Jacobo-Marin¹ y Germán Santacruz de León²</p>	<p>— Autor(es)</p>
<p>Resumen: El ensayo aborda reflexiones socio-jurídicas sobre la intervención territorial. Tiene como objetivo analizar la legislación mexicana que fundamenta la gestión del territorio y de los bienes naturales. Dicho análisis se entretiene y discute con la perspectiva oficial sobre los territorios vacíos, la construcción de fisuras legales y el discurso que le atribuye intencionalmente una <i>vocación</i> con el fin de intervenirlo y modificarlo. Se observa que el enfoque gubernamental sobre los territorios vacíos, bajo el que se desarrollan estudios de planificación territorial y ordenamiento ecológico, generalmente no considera que el territorio está sujeto a procesos culturales, sociales, económicos y políticos múltiples y complejos. Se documenta que los grupos de poder aprovechan la <i>laxitud</i> de las disposiciones ambientales y las coyunturas políticas para colocar proyectos altamente transformadores del territorio. Se concluye que esas intervenciones territoriales, lejos de poner en un primer plano la identidad de los que lo habitan y de articular los lazos comunitarios, los erosionan y generan niveles de tensión y conflictividad.</p>	<p>— Resumen</p>
<p>Palabras clave: Territorio, legislación, espacio socializado, intervención, vocación.</p>	<p>— Palabras clave</p>
<p>Abstract: The essay addresses socio-legal reflections about territorial intervention. Its objective is to analyze the Mexican legislation on which the management of the territory and natural goods is based. This analysis is interwoven and discussed with the official perspective on the empty territories, the construction of legal fissures and the discourse that intentionally attributes to it a vocation in order to enable its intervention and to modify it. It is observed that the governmental focus on empty territories, under which studies of territorial planning and ecological planning are carried out, generally does not consider that the territory is subject to multiple and complex cultural, social, economic and political processes. It is documented that the power groups take advantage of the laxity of the environmental provisions and the political junctures to place highly transformative projects of the territory. It is concluded that these territorial interventions, far from putting the identity of the inhabitants in the forefront to articulate community bonds, erodes them and generates levels of tension and conflict.</p>	<p>— Resumen en inglés</p>
<p>Keywords: Territory, legislation, socialized space, intervention, vocation.</p>	<p>— Palabras clave en inglés</p>
<p>¹ Profesor de Derecho de Aguas en el Colegio de San Luis y abogado ambientalista comunitario. Correo electrónico: xxxxxxxx@xxxx.com ² Profesor Investigador en el Programa Agua y Sociedad de El Colegio de San Luis. Correo electrónico: xxxxxxxx@xxxx.com</p>	<p>— Datos del autor</p>

El **contenido** del artículo científico se compone de tres partes: introducción, desarrollo y conclusión.

El objetivo de la **introducción** es que el lector tenga una orientación clara y precisa sobre la finalidad del artículo. Suele ocupar una o dos páginas del artículo. Suele ser la última parte que se redacta, ya que supone que tanto el desarrollo y la conclusión están elaborados. Algunos elementos que puede contener la introducción, son:

- Dar una visión general del contenido del artículo.
- Establecer el objeto de estudio y el objetivo general de la investigación.
- Establecer la justificación de la investigación.
- Explicar con mayor claridad el sentido del título.
- Presentar las principales cuestiones que intenta resolver el artículo.
- Dar una sucinta guía de los pasos que se seguirán en el desarrollo del artículo.

El desarrollo del artículo tiene que estar subdividido a través de diversas secciones. Cada una de estas secciones, a su vez, puede estar fraccionada según se requiera. El contenido de cada sección dependerá de lo que se considera pertinente para presentar la investigación. Algunos contenidos que pueden contener las secciones, son:

- El análisis del problema planteado.
- La exposición del abordaje del problema.
- El marco teórico que sustenta la investigación.
- La metodología utilizada.
- Descripción y análisis del contexto.
- El desarrollo del trabajo de campo, su descripción y análisis de resultados.
- La argumentación respecto a la comprobación de la hipótesis.

Es conveniente dividir el desarrollo del artículo de manera lógica. Con un orden que sea una argumentación coherente que permita al lector comprender lo que se quiere proponer y fundamentar. En este sentido, los apartados deben estructurarse de esta manera:

Nivel del apartado	Numeración
Nivel 1	1.
Nivel 2	1.1.
Nivel 3	1.1.1.
Nivel 4	1.1.1.1.
Nivel 5	1.1.1.1.1

Hay que tener mucho cuidado de que el contenido de los niveles inferiores sean parte del contenido de los niveles superiores, para que exista coherencia en la presentación del contenido de la investigación. Véase el siguiente ejemplo.

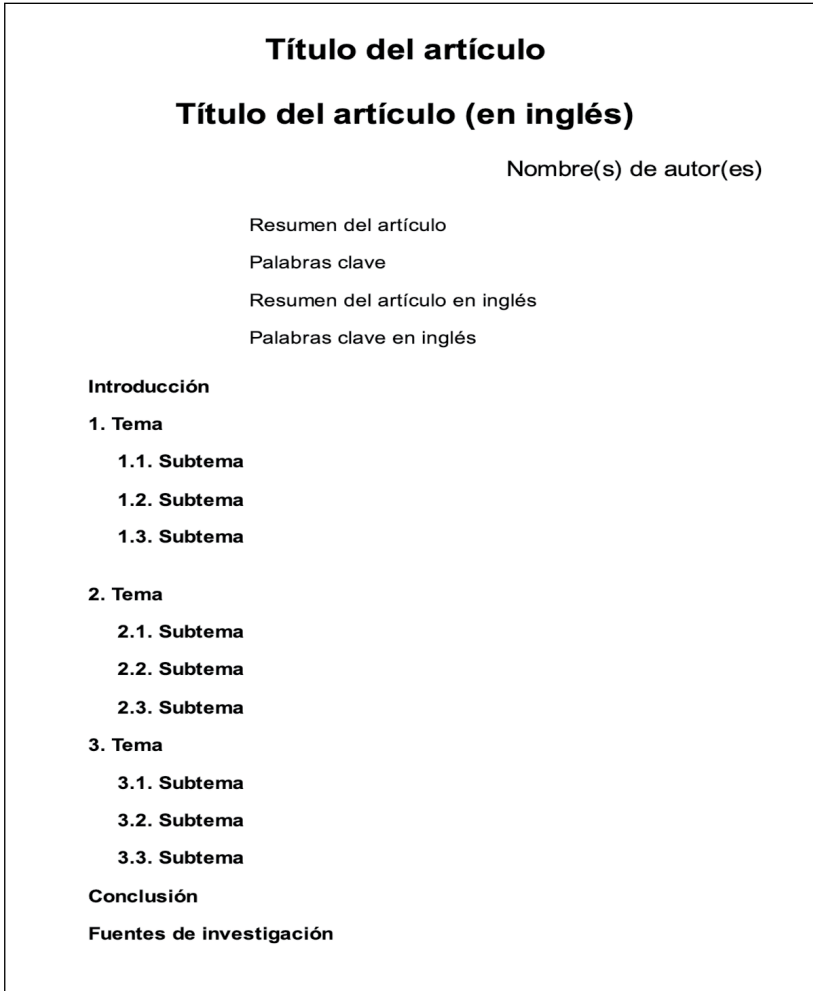
Incorrecto	Correcto
<ul style="list-style-type: none"> 1. Naturaleza jurídica del matrimonio <ul style="list-style-type: none"> 1.1. Como sacramento 1.2. Como instituto 1.3. Como estado jurídico 1.4. Como acto jurídico <ul style="list-style-type: none"> 1.4.1. Como acto jurídico condición 1.4.2. Como acto jurídico mixto ⇒ 1.5. El objeto 1.6. Como acto de poder estatal ⇒ 1.7. La solemnidad 2. Elementos esenciales y de validez del matrimonio <ul style="list-style-type: none"> 2.1. El consentimiento ⇒ 2.2. Como contrato ordinario 2.3. La manifestación de voluntad ⇒ 2.4. Como acto constitutivo 2.5. La capacidad 2.6. La ausencia de vicios en la voluntad 2.7. Licitud 	<ul style="list-style-type: none"> 1. Naturaleza jurídica del matrimonio <ul style="list-style-type: none"> 1.1. Como sacramento 1.2. Como instituto 1.3. Como estado jurídico 1.4. Como acto jurídico <ul style="list-style-type: none"> 1.4.1. Como acto jurídico condición 1.4.2. Como acto jurídico mixto 1.5. Como contrato ordinario 1.6. Como acto de poder estatal 1.7. Como acto constitutivo 2. Elementos esenciales y de validez del matrimonio <ul style="list-style-type: none"> 2.1. El consentimiento 2.2. El objeto 2.3. La manifestación de voluntad 2.4. La solemnidad 2.5. La capacidad 2.6. La ausencia de vicios en la voluntad 2.7. Licitud

Los errores del ejemplo incorrecto consisten en que las subdivisiones señaladas no corresponden con el contenido de la división; es decir, que el contenido del 1.5. y el 1.7. no forman parte del contenido del punto 1. “El objeto” y “la solemnidad” no son temas que tengan que ver con la “Naturaleza jurídica del Matrimonio”. Igualmente, hablar del matrimonio “como contrato ordinario” (2.2.) o “como acto constitutivo” (2.4.) no son temas que formen parte del contenido de los “Elementos esenciales y de validez del matrimonio” (2.). En cambio, el ejemplo correcto muestra cómo se debe estructurar un artículo, donde los subtemas correspondan a los temas. En efecto, los puntos 1.1. a 1.7. corresponden al contenido del punto “1. Naturaleza jurídica del matrimonio”, y lo mismo sucede con los subtemas del punto 2.

La **conclusión** debe ser coherente con el objetivo de la investigación que se expresó; establecer de manera breve la comprobación o no de la hipótesis;

dejar cuestiones abiertas para otras investigaciones. Por último, se coloca **las fuentes de investigación** utilizadas en el desarrollo del artículo.¹

La estructura, entonces, de un artículo científico, podría esquematizarse de la siguiente manera:



1. Para esto, véase los capítulos 18 y 24 sobre la identificación de las fuentes de investigación y la manera de armar el aparato crítico.

3.2. El artículo de divulgación

El artículo de divulgación es un reporte que tiene por objetivo comunicar alguna etapa de la investigación a un público no especializado. Se trata de un artículo breve, que suele rondar de seis a diez páginas, donde se debe presentar con lenguaje accesible y con información concreta lo que se desea exponer.

En el artículo de divulgación se puede exponer el resultado o algunos avances de la investigación. En este sentido, puede consistir en la exposición del marco teórico, del planteamiento del problema, del diseño metodológico, de algunos resultados del trabajo de campo, de los resultados finales, etc. Dependiendo de los criterios de la revista, los artículos de divulgación pueden contener resumen y palabras clave.

Es muy importante cuidar el estilo con que se escribe, pues como se dijo no está dirigido a un público especializado. Por lo tanto, debe abordarse de manera que pueda interesar a los lectores, con una narrativa que logre captar la atención, procurando no abusar de citas textuales amplias, ni incluir discusiones que son propias de un público especializado. Además, debe enfocarse en un tema preciso.

No obstante, el artículo de divulgación debe contener las partes que se han señalado esenciales de todo reporte de investigación: introducción, desarrollo, conclusión y fuentes de investigación. La introducción debe presentar el tema del artículo, con alguna breve justificación; el desarrollo puede subdividirse de manera semejante como en el artículo científico, pero no se debe abusar de subtemas, pues se corre el peligro de disgregar demasiado la presentación del tema; la conclusión debe ser concreta, con el objetivo de cerrar coherentemente la argumentación que se desarrolló; por último, se deben presentar las fuentes de información indispensables que se utilizaron durante el desarrollo.

3.3. El capítulo de libro colectivo

El capítulo de un libro colectivo es, en realidad, un artículo de investigación o de divulgación, en función del objetivo del libro. En este sentido, se elabora de la misma manera. No obstante, existen algunas diferencias que es importante tomar en cuenta:

- a) Los artículos se publican en revistas, que son publicaciones periódicas; suelen emitir convocatorias para recibir artículos o mantienen en todo momento abierta la recepción de trabajos. En cambio, los libros colectivos son publicaciones no periódicas; suelen responder a un diseño establecido por investigadores que se les nombra como coordinadores u organizadores; a partir de este diseño, se invita a investigadores a desarrollar un capítulo, que corresponde de alguna manera a su proyecto de investigación.
- b) Las revistas reciben artículos de temas variados, siempre y cuando correspondan a sus líneas de investigación. En ocasiones, los editores proponen la elaboración de un “dossier”, que consiste en un número de la revista cuya temática es específica. Por ejemplo, una revista de ciencias sociales que convoca a la elaboración de un dossier sobre “El feminismo en América Latina ante las crisis del Estado nación”. Por su parte, el libro colectivo siempre se refiere a una temática específica, que corresponde al diseño que realizan los coordinadores; no suele responder a una convocatoria abierta, sino por invitación.
- c) El capítulo de libro no lleva título traducido al inglés, ni tampoco resumen o palabras clave. Fuera de esto, la estructura es similar a la de un artículo.

La diferencia entre un capítulo de un libro científico y de un libro de divulgación, serían las mismas que se refirieron al abordar estos dos tipos de artículos.

Existe algunas modalidades diferentes de libros colectivos, como las memorias de congresos. En estos casos, los organizadores de eventos académicos solicitan a los participantes entregar sus conferencias o ponencias como capítulos de investigación.

Hay que considerar que el autor debe adaptar el escrito que utilizó para exponer en el evento a un escrito que corresponda efectivamente a un reporte de investigación. Regularmente estas memorias corresponden a las características de un libro colectivo, pero suelen ser más amplios.

Los organizadores deben dividirlos en secciones para agrupar por temáticas los trabajos participantes, y así procurar la coherencia interna de la publicación.

4. La tesis de grado

El reporte que se suele llamar “tesis” corresponde a la presentación de investigaciones que se desarrollan dentro de un plan de estudios, y que tiene como objetivo conseguir un grado académico. En efecto, se puede hablar de tesis de diversos grados: grado o licenciatura, maestría o máster, y doctorado.

Como se mencionó al inicio de este capítulo, según la tradición de cada país, el nombre de este reporte de investigación cambia de nombre según el grado a obtener, tomando en cuenta que entre mayor sea el grado, mayor es la complejidad de la investigación. Por ejemplo, en México, se utiliza el concepto “tesis” en la mayoría de los grados, aunque en algunas ocasiones en los niveles de licenciatura o maestría se le llama “tesina”. En el sistema educativa de la Unión Europea, se ha reservado la palabra “tesis” para el proyecto de investigación de doctorado, mientras que para los grados previos se les ha llamado “Trabado de fin de Máster” (TFM) y “Trabajo de fin de Grado” (TFG).

Más allá del nombre que se le asigne, es importante tomar en cuenta que la complejidad de una investigación es mayor mientras se aspire a un mayor grado. Así, de manera muy general –y sin que sean reglas universales–, se podría decir que las tesis de licenciatura suelen ser más exploratorias y descriptivas; las tesis de maestría cuentan con un marco teórico más profundo, una metodología bien definida, y unos resultados que abren camino para nuevas investigaciones; y las tesis de doctorado deben tener un objeto de estudio muy definido y sus resultados deben hacer una aportación novedosa al campo del conocimiento. No obstante, la estructura del reporte es similar sin importar el grado a obtener, y es lo que se explicará a continuación.

Una característica fundamental de los proyectos de investigación para obtener un grado académico es que el autor o los autores lo elaboran bajo la asesoría y guía de un investigador o profesor, o de un grupo de investigadores o profesores que, por lo menos, debe tener ese grado de estudios. Es decir, para obtener el grado de maestría, los guías de la tesis deben tener por lo menos este grado académico, y así sucesivamente.

El nombre del guía del proyecto de investigación suele cambiar según la tradición en cada programa de estudios: tutor, director o asesor suelen

ser de los títulos más utilizados. De la misma manera, si la guía es colectiva, también se utilizan varios nombres: codirectores, asesores, comité tutorial, comité de tesis, entre otros.

4.1. Estructura general de la tesis

La estructura de la tesis es la siguiente:

- a) Portada
- b) Documentos de aprobación
- c) Dedicatorias y agradecimientos
- d) Lista de abreviaturas más utilizadas
- e) Índice general o tabla de contenido
- f) Introducción
- g) Desarrollo o capitulado
- h) Conclusiones
- i) Fuentes de investigación
- j) Anexos
- k) Otros índices

Si bien en lo esencial su estructura es semejante a la de un artículo científico, es un documento más amplio, que puede ir de las 80 páginas hasta las necesarias según lo requiera la investigación. Sin pretender ser repetitivo con lo que ya se señaló al hablar del artículo, se harán algunas precisiones sobre cada parte de la tesis.


4.1.1. Portada

La portada de la tesis debe contener la información básica sobre la investigación, que es:

- a) Nombre de la institución de educación superior donde se realizaron los estudios, y también puede incluir la dependencia correspondiente. Pueden ir los logos respectivos.
- b) Título y subtítulo del proyecto de investigación.

- c) La leyenda “Tesis para obtener el grado de... presenta”, donde se especifica el título a obtener.
- d) El nombre del autor o de los autores de la investigación.
- e) Nombre del director de tesis o del comité tutorial de la investigación.
- f) Lugar y fecha en que se presenta la tesis.

Por supuesto que estos datos pueden variar según los requisitos de cada institución, pero estos datos suelen ser los más comunes. Un ejemplo:

	<p>UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ</p> <hr/> <p>Facultad de Derecho Facultad de Psicología Facultad de Ciencias Sociales y Humanidades</p>	a)
	<p>“Una teoría Iusmaterialista ecológica de los derechos humanos y de la naturaleza”</p>	b)
	<p>T E S I S para obtener el grado de MAESTRO EN DERECHOS HUMANOS presenta</p>	c)
	<p>César Eder Alanís de la Vega</p>	d)
	<p>Director de tesis Dr. Alejandro Rosillo Martínez</p>	e)
	<p>San Luis Potosi, S.L.P., a agosto de 2019</p>	f)

4.1.2. Documentos de aprobación

Los documentos de aprobación son aquellos en que los directores de tesis, asesores, comités tutoriales, lectores externos, entre otras figuras, expresan su “voto aprobatorio” de la investigación. La cantidad y modelo de documentos dependen del proceso de aprobación que establece cada institución.

En algunas instituciones, se pide que se incluya un documento que se llenará el día del examen de grado, firmado por los miembros del jurado calificador.

4.1.3. Dedicatorias y agradecimientos

Después de los documentos aprobatorios, de manera optativa se colocan dos secciones: las dedicatorias y los agradecimientos.

Las dedicatorias son un texto donde el autor expresa que la investigación se la ofrece a ciertas personas. El estilo puede ser variado, desde una frase pequeña, un breve poema, o una prosa extensa. No hay una regla general, sino que queda a la creatividad del autor.

Los agradecimientos son un texto donde el autor expresa su gratitud a personas o instituciones que le apoyaron en la elaboración de la investigación. Se suele mencionar a la persona o institución, acompañada por una breve descripción del porqué del agradecimiento.

4.1.4. Lista de abreviaturas más utilizadas

La lista de abreviaturas más utilizadas consiste en una tabla donde se colocan las abreviaturas que más se utilizaron durante la tesis, con su significado. Las abreviaturas suelen tener dos funciones: no colocar el nombre completo de instituciones, organismos o lugares que suelen tener una abreviatura oficial, o establecer una abreviatura para aquellas palabras que se utilizan constantemente en el texto, y que pueden ser instituciones, conceptos, lugares, obras, instrumento legal, entre otras.

Las abreviaturas deben presentarse en orden alfabético, y la lista suele incluir todos los tipos de abreviaturas utilizadas. Así, en este ejemplo, encontramos abreviados instrumentos legales, conceptos, obras, instituciones y lugares. Por ejemplo:

Abreviaturas frecuentes	
CRE	Constitución de la República del Ecuador
DDHH	Derechos humanos
DHSH	Dimensión histórica del ser humano
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PPR	Prisión preventiva
SLP	San Luis Potosí
SR	Sobre la realidad
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México

Abreviaturas frecuentes		
CRE	Constitución de la República del Ecuador	← instrumento legal
DDHH	Derechos humanos	← concepto
DHSH	Dimensión histórica del ser humano	← obra
OEA	Organización de Estados Americanos	← institución
ONU	Organización de las Naciones Unidas	← institución
PPR	Prisión preventiva	← concepto
SLP	San Luis Potosí	← lugar
SR	Sobre la realidad	← obra
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México	← institución

En caso de utilizar una cantidad considerable de abreviaturas, lo cual no es muy recomendado, se puede subdividir la lista por cada clase. Es decir, pueden presentar las abreviaturas de instrumentos legales separadas de las de lugares, instituciones, y así sucesivamente.

4.1.5. Índice general o tabla de contenido

Las tesis pueden tener diversos índices, pero la que no puede faltar es el índice general o tabla de contenido. Este presenta el contenido completo de la tesis, y está constituido por los títulos de los capítulos, subcapítulos, temas, subtemas, incisos, subincisos, etcétera, acompañado por la página donde inicia cada sección. Por ejemplo:

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS	1
INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO PRIMERO	
HORIZONTE HEGEMÓNICO DE DERECHOS HUMANOS: RACIONALIDAD MODERNO-OCCIDENTAL DEL DISCURSO	
1.1. Individualismo en derechos humanos	8
1.1.1. Surgimiento como derechos subjetivos	8
1.1.2. Formación de la racionalidad subjetiva y los derechos	15
1.1.3. Arribo de derechos innato-naturales	20
1.1.4. Consolidación: John Locke	29
1.2. Universalismo de derechos humanos	36
1.2.1. Delimitación del sentido	36
1.2.2. Arraigo en la subjetividad (conciencia)	41
1.2.3. Lo que protege el Estado moderno y el universalismo	48
1.3. Positivación de derechos humanos	55
1.3.1. Consagración de un modo de vida relacional	55
1.3.2. Piso cosmovisional de derechos: exclusividad	63
1.3.3. Un contenido discursivo inamovible	67
CAPÍTULO SEGUNDO	
DIVERSIDAD DE MUNDOS DE LA VIDA E INTERCULTURALIDAD	
2.1. Diversidad de mundos de la vida	74
2.1.1. Constitución de los mundos de la vida	74
2.1.2. Otro mundo de la vida	79
2.1.3. Apertura de los mundos de la vida	85
2.2. Interculturalidad	91
2.2.1. Más allá de una cuestión terminológica	91
2.2.2. Espacio abierto intercultural	95
2.2.3. Interculturalidad crítica	101
CAPÍTULO TERCERO	
UNIVERSALIDAD SITUADA DE DERECHOS HUMANOS	
3.1. Posibilidad de otros discursos de derechos humanos	108
3.1.1. Ruptura del molde individualista desde la diversidad	108
3.1.2. Posibilidad de la universalidad desde la diversidad	115
3.1.3. Contra lo hegemónico (discursivo-estructural)	123
3.2. <i>Universalidad-situada</i> de derechos humanos	129
3.2.1. Desde una lógica distinta	129
3.2.2. Universalidad situada	135
3.2.3. Universalidad situada en una estructura histórica	146
CONCLUSIONES	149
BIBLIOGRAFÍA	151

4.1.6. Introducción

Al igual que en el artículo científico, la introducción es la última parte de la tesis que se escribe, pues ya se debe tener completas las demás secciones. Tiene la función de brindar la información general de la investigación, que permita al lector tener una visión general de ella. Suele contener los siguientes elementos:

- a) Descripción general del tema, su objeto y delimitación.
- b) Planteamiento del problema.
- c) Justificación de la investigación.
- d) Objetivo general y específicos.
- e) Hipótesis o supuesto de investigación.
- f) Metodología utilizada.
- g) Exposición breve de lo que consiste cada uno de los capítulos.
- h) Logros generales obtenidos en la investigación.

Como se puede observar, gran parte del contenido de la introducción se encuentra desarrollado en el proyecto de investigación. No obstante, hay que tener cuidado de dos cuestiones:

1. El proyecto de investigación tiene, como ya se analizó, una forma esquemática de presentación; en cambio, la introducción debe redactarse con una prosa más desarrollada. Por ejemplo, tratándose de los objetivos, en el proyecto se suelen presentar de la siguiente manera:

Objetivo general:

Analizar la obra de Bartolomé de Las Casas como parte de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos.

En cambio, al incluirlos en la introducción, es preferible realizar una prosa más desarrollada:

El objetivo general de esta investigación es analizar la obra de Bartolomé de Las Casas, en concreto aquella referida a la defensa de los pueblos originarios, como parte de una tradición de derechos humanos, distinta a las tradiciones ilustradas - francesa, inglesa y norteamericana-, que se le ha llamado como Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos.

2. Si bien parte del contenido de la introducción se encuentra en el proyecto de investigación, es necesario actualizarlo para hacerlo coherente con el desarrollo y los resultados. Es decir, tener cuidado de no simplemente trasladar el contenido sin una revisión a partir de lo obtenido durante la investigación.

4.1.7. Desarrollo o capitulado

El desarrollo de la tesis se refiere al capitulado. De manera semejante al artículo científico, se debe dividir de manera lógica el contenido de la investigación. Es la parte más extensa y central de la tesis. Algunos de los contenidos que contienen los capitulados, son:

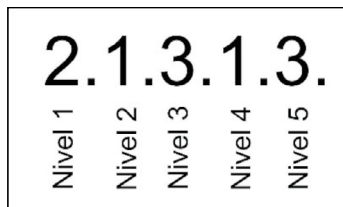
- a) El estado de la cuestión del problema.
- b) El marco teórico que sustenta la investigación.
- c) La metodología utilizada, en caso de considerar pertinente dedicarle un capítulo y no incluirla en la introducción.
- d) La exposición del abordaje del problema.
- e) El análisis del problema planteado.
- f) Descripción y análisis del contexto.
- g) El desarrollo del trabajo de campo, su descripción y análisis de resultados.
- h) La argumentación respecto a la comprobación de la hipótesis.

Al igual que en la introducción, algunos capítulos pueden basarse en el proyecto de investigación, como sería el caso del estado de la cuestión o del marco teórico. No obstante, lo usual es que en la tesis se presenten actualizados. La forma de dividir las secciones del desarrollo se recomienda también

hacerlo de manera lógica, como en el artículo científico. La diferencia radica en que la división básica de la tesis es en capítulos. Así, la estructura sería así:

Numeración	Nivel	Corresponde a...
1.	1	Capítulo
1.1.	2	Subcapítulo
1.1.1.	3	Tema
1.1.1.1.	4	Subtema
1.1.1.1.1.	5	Sección

No se debe perder de vista el nivel de la numeración:



En el ejemplo anterior, la numeración significa que estamos en la sección tercera, del subtema primero, en el tema tercero, del subcapítulo primero, en el capítulo segundo. Cada división del capítulo debe tener un nombre que describa su contenido. Véase un ejemplo de la estructura de un capítulo en la página siguiente:

Una recomendación es que cada capítulo se abra con una introducción que señale el objetivo del capítulo y describa la manera en que se desarrolla, y una conclusión que sintetice los resultados obtenidos en el capítulo en relación con los objetivos general y específicos del proyecto.

Cuando en los capítulos se utilicen imágenes, tablas y gráficos, se recomienda numerarlos, con el fin de generar al final el índice respectivo. Véase ejemplo en la página siguiente:

Capítulo 1
Nombre del capítulo

1.1. Nombre del subcapítulo

1.1.1. Nombre del tema

1.1.1.1. Nombre del subtema

1.1.1.1.1. Nombre de la sección

1.1.1.1.2. Nombre de la sección

1.1.1.1.3. Nombre de la sección

1.1.1.2. Nombre del subtema

1.1.1.2.1. Nombre de la sección

1.1.1.2.2. Nombre de la sección

1.1.2. Nombre del tema

1.1.2.1. Nombre del subtema

1.1.2.1.1. Nombre de la sección

1.1.2.1.2. Nombre de la sección

1.1.2.2. Nombre del subtema

1.1.2.2.1. Nombre de la sección

1.1.2.2.2. Nombre de la sección

1.1.2.2.3. Nombre de la sección

1.2. Nombre del subcapítulo

1.2.1. Nombre del tema

1.2.1.1. Nombre del subtema

1.2.1.2. Nombre del subtema

1.2.2. Nombre del tema

1.2.2.1. Nombre del subtema

1.2.2.2. Nombre del subtema

1.2.2.3. Nombre del subtema

1.3. Nombre del subcapítulo

1.3.1. Nombre del tema

1.3.1.1. Nombre del subtema

1.3.1.2. Nombre del subtema

1.3.1.3. Nombre del subtema

1.3.2. Nombre del tema

1.3.2.1. Nombre del subtema

1.3.2.2. Nombre del subtema

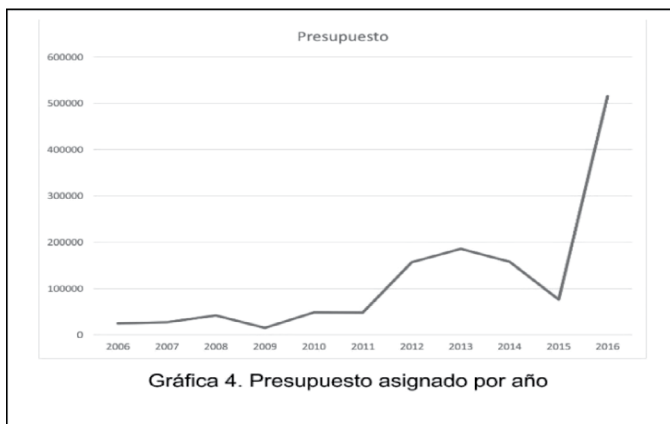
1.3.2.3. Nombre del subtema

Capítulo 2
Nombre del capítulo

2.1. Nombre del subcapítulo

2.1.1. Nombre del tema

2.1.1.1. Nombre del subtema



4.1.8. Conclusiones

Las conclusiones de la tesis son la parte final del reporte de investigación. Su finalidad es presentar los resultados obtenidos, presentándolos de manera sintética. Si bien la principal conclusión está en relación con la comprobación de la hipótesis o supuesto de investigación, se suelen incluir conclusiones de los resultados parciales obtenidos durante cada capítulo, y que responden también a los objetivos específicos planteados en el proyecto.

Una forma tradicional de presentar las conclusiones, aunque no obligatoria, es numerándolas, de la siguiente forma:

Conclusiones
En esta investigación, se han obtenido las siguientes conclusiones:
PRIMERA. En cuanto al tema de investigación, la literatura actual no ha abordado...
SEGUNDA. El problema que se planteó fue... y se abordó desde las teorías... , con el fin de aplicar la metodología...
TERCERA. El trabajo de campo realizado...
CUARTA. Los datos obtenidos demostraron que...
QUINTA. La hipótesis planteada fue confirmada, ya que...

4.1.9. Fuentes de investigación

Se colocan en listado en orden alfabético las diversas fuentes de investigación que se utilizó durante la tesis. Entre otras fuentes, se presentan:

- Libros.
- Artículos de revistas.
- Notas y artículos de periódicos.
- Instrumentos legales.
- Fuentes electrónicas.
- Entrevistas.
- Informes.
- Documentos de archivos.
- Videos y audios.

4.1.10. Anexos

Los anexos son documentos, ya sean realizados por el autor o no, que complementan la información referida en el desarrollo de la tesis. Son documentos que no se incluyen dentro de los capítulos por su amplitud o porque rompen con la argumentación. Es importante señalar que los anexos deben estar referidos dentro de los capítulos, normalmente en una nota a pie de página. Su uso es optativo, según las necesidades de la investigación. Algunos ejemplos de anexos, podrían ser

- Tablas y gráficas de información estadística.
- Modelos de entrevistas o encuestas utilizadas.
- Tablas de información recolectada por el propio autor.
- Mapas conceptuales.
- Cartografía.
- Documentos solicitados por mecanismos de transparencia.
- Documentos de archivos históricos.

Es importante tomar en cuenta que los documentos que son de acceso público, no deben colocarse en anexo. Es decir, no se deben poner tratados internacionales, leyes, sentencias, etc.

4.1.11. Otros índices

Además del índice general, al final del documento, se pueden colocar otros índices, que ayudan al lector a localizar de forma más rápida información. Estos son:

- Índice onomástico o de nombres: Es la lista de los autores mencionados en la investigación, seguido de los números de las páginas donde se mencionan.
- Índice analítico o de materias: Es la lista de los conceptos más relevantes de la investigación, seguido de los números de las páginas donde se mencionan.

ÍNDICE ANALÍTICO

Acceso a la información: 10, 134.
Acceso pleno a la justicia: 7, 19, 32, 100, 115, 116, 117, 172, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 227, 229, 231.
Acuerdo de Concordia y Pacificación con Justicia y Dignidad: 14, 15.
Artículo 27 Constitucional: 3.
Autonomía: 30, 43, 52, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 74, 77, 79, 80, 81, 88, 90, 97, 136, 144, 148, 157, 158, 160, 164, 173, 203, 236, 267.
Autoridades tradicionales, gobierno interno, autoridades indígenas: 32, 46, 47, 48, 79, 105, 111, 112, 113, 115, 116, 119, 148, 164, 166, 181, 182, 186, 195, 203, 218, 228.
Autoridades: 6, 51, 83, 115, 125, 168, 181, 182, 185, 186, 187, 188, 190, 199, 223.
Averiguación previa: 191.
Bienestar: 19, 35, 127, 214, 272.
Chiapas: 5, 13, 14, 15, 67, 154, 155, 156, 159, 171, 172, 174, 175, 176, 178, 180, 189, 196, 198, 200, 202, 204, 205, 211, 212, 215, 216, 222, 223, 225, 240, 253, 257, 258, 271, 276.
Comisión (Nacional o Estatal) de Derechos Humanos, visitaduría: 220, 221, 222.
Congreso de la Unión, Poder Legislativo: 53, 82, 90, 96, 97, 108, 147, 175.
Constitución (Federal o Local): 30, 45, 54, 57, 72, 150, 154, 155, 156, 158, 172, 174, 176, 180, 189, 190, 196, 197, 198, 200, 202, 203, 204, 205, 211, 217, 241, 242.
Convenio 169 de la OIT: 27, 40, 68, 80, 126, 145, 165, 214, 241, 275.
Cultura(s) indígena(s), espacio cultural, reproducción cultural: 15, 16, 22, 40, 33, 34, 50, 68, 106, 120, 123, 124, 137, 145, 162, 190, 193, 194, 195, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 226, 229, 243, 249, 254, 255, 258, 265, 269, 270, 271, 273, 274, 275.
Daños a tierras y territorios: 4, 40, 137, 275.
Defensores de oficio, defensoría de oficio: 194, 225, 226.
Delito: 150, 232, 239.
Democracia, democratización, participación democrática: 25, 79, 134, 142.
Derecho de asociarse: 51, 82, 144, 173, 185.
Derecho de réplica: 134.
Derechos de expresión, información y comunicación: 10, 131, 132, 134, 153, 248, 249, 250, 269.
Derechos fundamentales, derechos constitucionales: 156, 232, 234.
Derechos humanos: 32, 47, 99, 115, 185, 220, 221, 222, 235.
Derechos indígenas, libertades indígenas: 58, 152, 153, 154, 155, 156.
Derechos políticos: 30, 31, 46, 68, 197, 235.
Derechos sociales, económicos, culturales: 30, 31, 48, 49, 50, 68, 77, 240, 232, 237, 238, 240.
Desarrollo: 4, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 33, 34, 36, 39, 41, 42, 43, 49, 68, 70, 89, 93, 64, 96, 102, 104, 127, 128, 129, 131, 136, 137, 141, 168, 170, 214, 240, 243, 270, 271, 272, 274, 275, 276.
Desigualdad, discriminación, racismo, intolerancia: 18, 20, 23, 33, 39, 121, 122, 135, 150, 232, 241, 249, 267.
Distribución de competencias, transferencia de facultades, descentralización: 51, 83, 93, 140, 142.
Diversidad regional: 28, 63, 126, 210.
Educación, capacitación: 34, 35, 37, 120, 122, 124, 125, 126, 127, 206, 207, 208, 209, 210, 230, 240, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 261, 269, 273, 276.
Elección, procesos electorales: 108, 109, 110, 111, 148, 149, 164, 179, 181, 183, 184, 217, 218, 219.
Emiliano Zapata: 3.
Entidades de derecho público: 51, 82, 144.
Entidades federativas, estados, gobiernos estatales: 44, 53, 61, 62, 66, 71, 79, 85, 124, 126, 132, 143, 212, 213, 222, 223, 244, 246, 256, 267, 268, 272.
Estado Nacional: 79, 80, 157.
Estado: 17, 23, 26, 27, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 40, 41, 42, 43, 44, 67, 69, 70, 73, 76, 78, 92, 93, 115, 125, 127, 129, 130, 136, 137, 139, 141, 143, 155, 157, 231, 247, 266, 272, 275.

- Índice de tablas: Es la lista de las tablas utilizadas durante la investigación y el número de la página donde se encuentra.

- Índice de gráficos: Es la lista de los gráficos utilizados durante la investigación y el número de la página donde se encuentra.
- Índice de imágenes: Es la lista de las imágenes utilizadas durante la investigación y el número de la página donde se encuentra.

5. El libro

El libro, como reporte de investigación, tiene una estructura semejante a la tesis. No obstante, hay algunos cambios que obedecen a que el libro tiene un objetivo diferente. Como se mencionó, la tesis es un reporte de investigación con el objetivo de obtener un grado académico, mientras que el libro busca realizar una difusión amplia de la investigación. Cuando se desea publicar como libro una tesis, es necesario realizar un trabajo de adaptación. Algunos criterios a seguir, son:

- a) El título de la tesis debe adaptarse a un título más atractivo para el lector general. Puede contener elementos metafóricos u otras figuras literarias, que no se recomiendan utilizar en los títulos de tesis.
- b) Se debe reducir el aparato crítico a lo esencial. Es frecuente que las tesis contienen un aparato crítico extenso, ya que el tesista tiene la obligación de mostrar que ha consultado a profundidad la literatura existente, pero eso no es necesario en un libro.
- c) Si la tesis cuenta con amplias notas a pie de página, se deben reducir y utilizar solo aquellas que sean esenciales.
- d) En cuanto al desarrollo, se recomienda omitir o reducir aquellos capítulos que se refieren al estado del arte y al marco teórico, ya que no son aportes propios del autor.
- e) Si los nombres de los capítulos son técnicos, se recomienda cambiarlos por títulos más descriptivos del contenido. Por ejemplo, en vez de “Estado de la cuestión”, se podría titular “¿Qué se ha dicho sobre...?”
- f) Si en la tesis las conclusiones se numeraron, en el libro es preferible realizar una conclusión con una prosa continua.

Respecto a la diferencia entre un libro científico y un libro de divulgación, remítase a lo explicado en cuanto a los artículos.

Coordinadores IAEN:

Alex Iván Valle Franco PhD

(Ecuador) Docente investigador senior del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Quito. Doctor jur. en derecho por la Universidad de Bremen-Alemania (2016). Post doctor Universidad de Bremen, marzo 2022. Licenciado en Derecho y abogado de la Pontificia Universidad Católica de Quito (2002), Magister en Derecho con mención en mecanismos de protección de la Universidad Andina Sede-Quito (2009), magister en Sociología en FLACSO (2012), diplomado en derecho penal y justicia indígena UNIANDES (2007). Docente invitado de postgrado de las Universidades FLACSO, Andina Simón Bolívar-Bolivia, PUCE-Quito, U. Católica de Cuenca. Tiene más de 60 publicaciones entre artículos y libros, sus líneas de investigación son derecho internacional público de los derechos humanos, migración, sociología jurídica, criminología, derechos de la naturaleza. Es miembro de varias redes de investigación, consejos editoriales e investigador asociado de ZERP Universidad de Bremen-Alemania, y de la Universidad Católica de Santa Fe-Argentina. Secretario General del COPLAD-ILANUD y director de varios proyectos de investigación a nivel nacional e internacional. Ex becario DAAD y GIZ (cooperación alemana). Miembro del Observatorio Latinoamericano de Trata de Personas. Cap. Ecuador. Miembro de la mesa multiactor de justicia abierta del Consejo Nacional de la Judicatura de Ecuador. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derechos Constitucional. Miembro de Cultura DH-México. Actualmente es Decano de la Escuela de Derechos y Justicia del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador. (alex.valle@iaen.edu.ec)

Antonio Salamanca Serrano PhD

(España). Profesor de Derecho posgrado (invitado) Universidad Autónoma San Luis Potosí (México) y Universidad Pablo Olavide (Sevilla, España). Doctor en Derecho por la UNED (Madrid, España), grado de Doctor en Filosofía por la Universidad Autónoma Metropolitana (México) y grado en Doctor en Teología, por la Universidad Pontificia Comillas (Madrid, España). Maestría en Derecho Comercial Internacional (University of Westminster), Maestría en Derechos Humanos (London School of Economics and Political Science). Licenciado en Derecho, Licencia en Teología. Abogado Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Abogado del Ecuador. Entre algunos de sus libros se encuentra: *Yo soy guardián mundial de mi hermano* (Frankfurt, 2003), *Fundamento de los derechos humanos* (Nueva Utopía, 2003), *El derecho a la revolución* (UASLP, 2005), *Filosofía de la Revolución* (UASLP, 2008), *Política de la Revolución* (UASLP, 2008), *Teoría Socialista del Derecho*, 2 vols. (Editorial Jurídica del Ecuador, 2011), *La sociedad socialista del conocimiento* (Quito: IAEN, 2013), *El fetiche jurídico del capital* (Quito: IAEN, 2016), *Las fuerzas esenciales del florecimiento* (Brasil: Editora Fi, 2021). (salamancantonio@hotmail.com)

Coordinador UASLP:

Alejandro Rosillo Martínez PhD

(México) es profesor investigador en la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Fue coordinador de la Maestría en Derechos Humanos de la UASLP (de 2012 a 2020); actualmente es coordinador de la Maestría Interdisciplinaria en Estudios de Paz (a partir de 2022). Es máster y doctor en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, y Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) de México, nivel II. Su línea de investigación está centrada en la teoría crítica de los derechos humanos, con fundamento en la Filosofía de la Liberación y el pensamiento decolonial, y en conexión con la interculturalidad de los derechos humanos. Algunos reconocimientos que ha recibido son: Premio Potosino de Investigación Científica y Tecnológica 2020, otorgado por el Gobierno del Estado de San Luis Potosí;

Mención honorífica en el Premio Estatal de Derechos Humanos 2016, otorgado por la Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí; Premio Universitario a la Investigación Socio-humanística, Científica y Tecnológica 2012, otorgado por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Mención honorífica en el Premio Libertador al Pensamiento Crítico 2011, otorgado por el Ministerio del Poder Popular para la Cultural de la República Bolivariana de Venezuela. Algunas de sus libros publicados son: *Pensamiento jurídico de la liberación*, CENEJUS-UASLP, Aguascalientes, 2021; *Introdução ao pensamento jurídico crítico desde a filosofia da libertação*, D'Placido, Curitiba, 2018; *Para comprender y usar los Acuerdos de San Andrés*, CENEJUS, Aguascalientes, 2016; *Fundamentação dos direitos humanos desde a Filosofia da libertação*, Editora Unijuí, Ijuí, 2015; *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, Editorial Ítaca, México, 2013; *Liberación y justicia social. Derechos humanos desde la Teología de la Liberación*, CENEJUS, Aguascalientes, 2012; *La tradición hispanoamericana de derechos humanos*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012; *Derechos humanos desde el pensamiento de Ignacio Ellacuría*, Universidad Carlos III de Madrid-Editorial Dykinson, Madrid, 2009. (arosillo@gmail.com)

Investigadores participantes:

Mgs. Zaira Novoa Rodríguez – IAEN

(Venezuela) Magister en Protección Internacional de los Derechos Humanos. Universidad de Alcalá-España. Estudiante del Doctorado en Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Pablo de Olavide -España. Docente del Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador – IAEN. (zaira.novoa@iaen.edu.ec) Código ORCID: 0000-0002-0131-0866.

Urenda Navarro Sánchez PhD – UASLP

(México) Profesora Investigadora en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UASLP (urenda.navarro@gmail.com)

Natalia Mora Navarro PhD – IAEN

(Ecuador) Doctora en Jurisprudencia y Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República por la Universidad Central del Ecuador,

Máster en Criminología y ciencias forenses por la Universidad Pablo de Olavide, España. Doctora en Derecho PhD por la Universidad Pablo de Olavide. Experto Universitario en Victimología, protección y tutela de las víctimas, Universidad Pablo de Olavide. España. Diploma superior en Derecho Indígena y Pluralismo Jurídico- FLACSO, Ecuador. Experto Universitario en Pueblos Indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional, Universidad Carlos III de Madrid, España. Docente de la EDyJ y coordinadora de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Litigación Oral del IAEN. (natalia.mora@iaen.edu.ec)

Mgs. María de Lourdes Uribe Soto – BCNESLP

(México) Profesora Investigadora de la División de Estudios de Posgrado de la Benemérita y Centenaria Normal del Estado de San Luis Potosí

Mgs. Paulina Ramón Vargas – IAEN

(Ecuador) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador. Diplomada en Criminalística y Criminología por el Instituto Universitario de la Policía Federal de Argentina. Especialista en Derecho Penal por la Universidad Católica de Argentina. Perito grafólogo por ICEA Altos Estudios, Argentina. Mgs. en Derecho mención Estudios Judiciales por el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), Quito, Ecuador. (paulina.ramon@gmail.com)

Viviane Monteiro Santana PhD – IAEN

(Brasil) Doctora en Criminología por la Universidad de Granada, España. Magíster en Derechos Humanos, UASB, Ecuador. Abogada por la Universidad Federal de Bahía, Brasil. Docente a tiempo completo del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. (vvanems@hotmail.com)

Guillermo Luévano Bustamante PhD – UASLP

(México) Es Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Maestro en Historia por El Colegio de San Luis y Doctor en Ciencias Sociales con especialidad en Antropología Social por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social. Ha sido profesor invitado y visitante en diversas universidades en México (entre las que

destacan la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad Iberoamericana) y de países de América Latina como Argentina, Brasil, Colombia y Ecuador. Ha sido consultor en proyectos financiados por el Fondo de Población de las Naciones Unidas (FPNU); por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe de la Organización de las Naciones Unidas (CEPAL); por la Unión Europea (UE); y colabora activamente en cursos y proyectos con la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Coordina la Clínica de Litigio Estratégico de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. (guillermo.luevano@gmail.com)

Fernando Casado Gutiérrez PhD – UTM

(Córdoba, España) es docente e investigador en La Universidad Técnica de Manabí (UTM), director de la Revista *Nullius*: revista de pensamiento crítico en el ámbito de derecho y profesor visitante en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) sede Ecuador. Realizó una maestría en Derechos Humanos y Democratización en la European Inter-University en el año 2004 en Venecia (Italia), y se doctoró en Comunicación Social en el año 2012 en la Facultad de Comunicación de la Universidad de La Laguna (España). (casado.fernando@gmail.com)

Laura Edith Saavedra Hernández PhD–UASLP

(México) Doctora en Antropología, Investigadora CONACYT comisionada a la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. (laura.saavedra@conacyt.mx o laura.saavedra@uaslp.mx)

Tomás Sánchez Jaime PhD – IAEN

(Puebla, México) Licenciado en Filosofía por la Universidad del Valle de Atemajac, Guadalajara, México. Licenciado en Historia por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. Doctor en Lógica, Ontología e Historia por la Universidad de Salamanca, España. Experiencia: Docente de las cátedras de Metodología de la investigación; Filosofía Antigua; Etimologías Grecolatinas I y II en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México (1984-1997); Docente de la cátedra de historia colonial (siglo XVII) en la Universidad de Salamanca, España (1997-2002);

Docente de las cátedras de Metodología de la investigación; Filosofía Latinoamericana; Etimologías Grecolatinas I y II; Nueva España en transición (Siglos XVII y XVIII) en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México (2002-2004); Docente de las cátedras de Metodología de la Investigación Jurídica y Seminario de Titulación en la Universidad Andina Simón Bolívar (2005-2011); Filosofía Andina y Ética Profesional en la Universidad San Francisco de Quito (2005-2011); Director de Investigación en la Universidad Politécnica Estatal del Carchi (2011-2015); Interventor de la Universidad Nacional de Loja (2015-2016); Metodología de la Investigación Jurídica y Seminarios de Titulación I y II en todos los Programas de la EDyJ del IAEN 2017 a la fecha. Coordinador de la Maestría en Derecho mención Estudios Judiciales del IAEN, desde el 08 de febrero de 2022 a la fecha. tomas.sanchez@iaen.edu.ec

Mgs. Cinthia Vanesa Pérez Bolaños – IAEN

(Ecuador) Abogada por la Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador. Mgs. en Derecho mención Estudios Judiciales por el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), Quito, Ecuador. Secretaria del Tribunal de Garantías Penales Iñaquito, Quito, Ecuador. (jeleadore@hotmail.com)

Lic. Ricardo Alejandro Leal Aradillas – UASLP

(México) Licenciatura: Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), Guadalajara, Jalisco, México. Licenciatura en Filosofía y Ciencias Sociales, 2007-2012. Empleos y actividades académicas: Septiembre de 2020 a la fecha; Technical support analyst en TBC de México; Octubre-Noviembre 2017, 2018, 2019, 2020, 2021; Profesor adjunto del curso de epistemología para la especialidad en Psiquiatría de la facultad de medicina de la UASLP. Artículos y capítulos de libro: Leal Aradillas, Ricardo, “Introducción a la antropología filosófica y la ética” en Rosillo Martínez, Alejandro; Faz Arredondo, Laurencio (coord.) *Bioética, derecho y derechos humanos*. UASLP/CENEJUS, SLP, 2019, pp.11-29; Leal Aradillas, Ricardo, “Estructura e historia en Ellacuría. Hacia una aproximación hermenéutica a la ‘Filosofía de la realidad histórica’ a partir de la filosofía de Xavier Zubiri” en Rosillo Martínez, Alejandro; Pérez Martínez, Ramón (coord) *Historizar la justicia: estudios sobre el pensamiento de Ignacio Ellacuría*. UASLP/CENEJUS, SLP, 2015; Leal Aradillas, Ricardo,

“Sociedad, comunicación e ideología: sistemas sociales y la idea de una teoría crítica”, *Revista de Derechos Humanos y Ciencias Sociales*, año 5, No. 10 (2013) pp.157-176.

Este libro se terminó de imprimir
en mayo de 2023
en los talleres de la Imprenta V&M Gráficas
Tel.: 3201 171
Quito - Ecuador
120 ejemplares

En 2015, en los vericuetos de la vida, los Andes ecuatorianos nos regalaron otros lindos hermanos y hermanas en la misma senda. Desde entonces, en el Instituto de Altos Estudios Nacionales, fuimos consolidando un grupo humano con formación interdisciplinar y procedentes de diferentes lugares y culturas: la profesora Viviane Monteiro (Brasil), con formación en Derecho, que investiga en el campo de la criminalidad y el Derecho Penal; la profesora Natalia Mora (Ecuador), con formación también en Derecho, investiga sobre interculturalidad, pueblos originarios y Derecho Penal; la profesora Zaira Novoa (Venezuela), con formación en Derecho, investiga sobre migraciones; el profesor Tomás Sánchez (México), con formación en Filosofía e Historia, investiga sobre Hermenéutica y acción jurídica popular; la abogada Cinthia Pérez Bolaños (Ecuador), que trabaja en el Tribunal de Garantías Penales; la abogada Paulina Ramón Vargas (Ecuador), que investiga en el campo de la Criminología; el profesor Alex Valle (Ecuador), con formación en Derecho, investiga también en migraciones; el profesor Fernando Casado (España), con formación en Derecho y Comunicación, investiga en el campo de los derechos humanos y los medios de comunicación; mi persona (España), con formación en Derecho, que investigo en derechos humanos. Este grupo intercultural e interdisciplinar de los Andes comenzó su andadura colectiva de la mano del grupo de San Luis Potosí.

Allá, el profesor Alejandro Rosillo cobijó a ambas células con el paraguas del Programa de Maestría en Derechos Humanos y en la Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales. Alejandro tiene formación en Derecho, e investiga en derechos humanos e historia jurídica latinoamericana. Allá sumó al grupo potosino a la profesora Urenda Navarro (México), con formación en Derecho e Historia, que investiga sobre historia, derechos humanos y feminismo; a la profesora Laura Saavedra (México), con formación en Derecho, que investiga sobre feminismo; a la investigadora María de Lourdes Uribe Soto (México), que indaga sobre Historia y Derecho; al profesor Guillermo Luévano (México), con formación en Derecho y Antropología, que investiga sobre derechos humanos e interculturalidad; y al profesor Ricardo Leal (México), con formación en economía, que investiga sobre economía crítica.

A lo largo de estos últimos siete años el trabajo de todos ellos se ha desarrollado en las calles de Quito, Otavalo, San Luis, el D.F. y tantos otros lugares; en comunidades rurales e indígenas, en centros de internamiento, en prisiones, en juzgados y tribunales, en los medios de comunicación, etc.; y, también, con los alumnos de grado y posgrado en las aulas de las universidades, así como en la soledad y el silencio de la reflexión y escritura. Fruto de ese esfuerzo colectivo es el regalo que ahora entregamos al lector. El texto es el testimonio de una búsqueda por lo que sea el Derecho más allá de lo que nos han dicho y cómo investigarlo. Da cuenta de un recorrido intercultural, interdisciplinar e internacional, biocéntrico, decolonial, feminista y liberador. No es la última palabra dogmática en nada, sino siembras, dolores y disfrutes compartidos con la diversidad florecida de la justicia.



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador



UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

Escuela de
Derechos y Justicia



UASLP

Universidad Autónoma
de San Luis Potosí

ISBN: 978-9942-8726-7-8



9789942872678